جامعة محمد بوضياف – المسيلة
كلية العلوم الإنسانية و الاجتماعية
قسم العلوم الإسلامية

الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الاسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لمقتضيات نيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص:علوم اسلامية

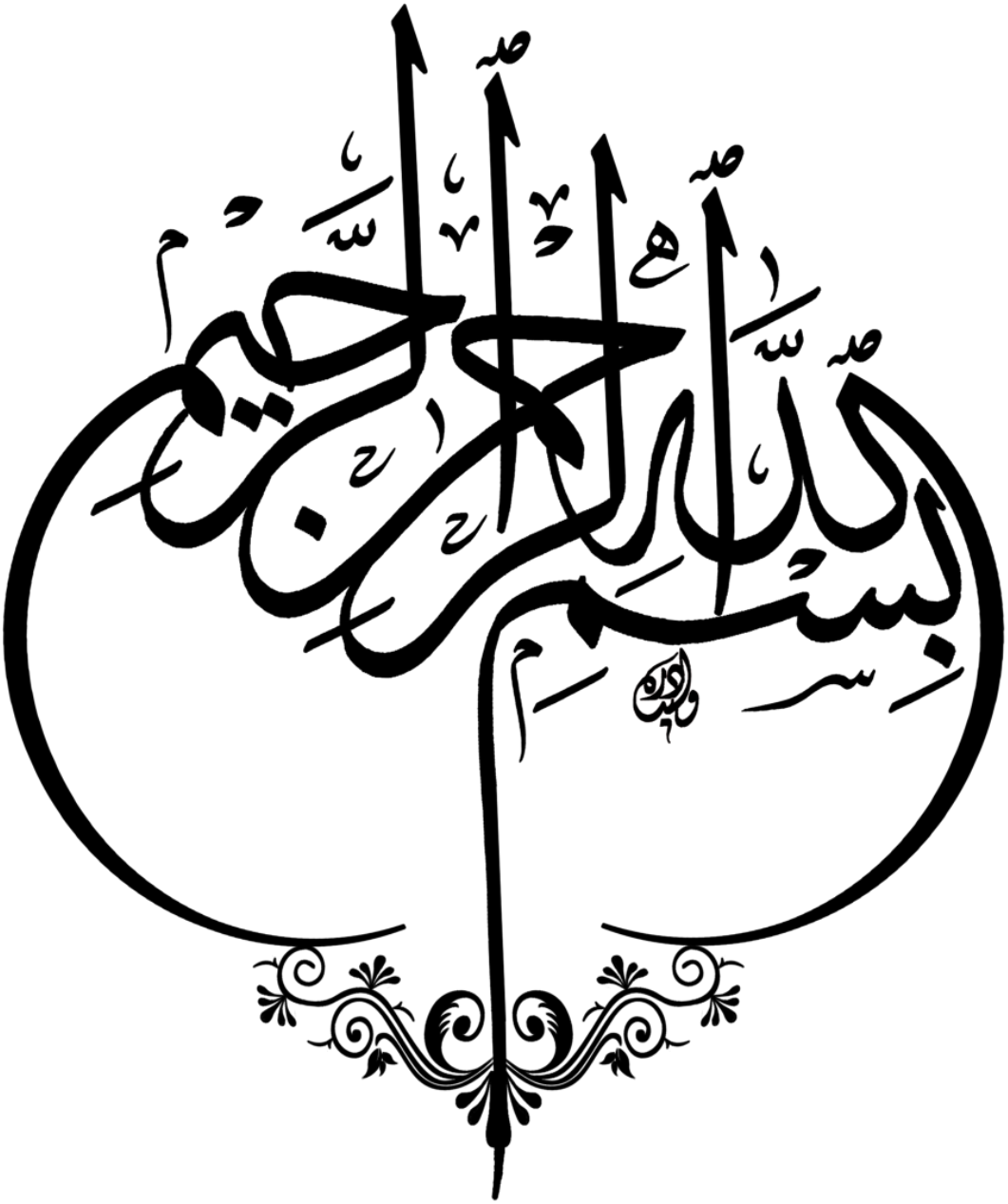
إعداد الطالبة:
-لعوبي هالة

إشراف الأستاذة:
- حمادي سهام

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف – المسيلة	رئيسا
	محمد بوضياف – المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف – المسيلة	ممتحننا

السنة الجامعية :2019 / 2020


بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

مقدمة

الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على المبعوث رحمة للعالمين نبينا محمد وعلى آله وصحبه زمن تبع هداهم بإحسان إلى يوم الدين وبعد:

إن الأسرة هي اللبنة الأساسية لبناء مجتمع متماسك، لذا اعتنى بها المولى عز وجل في كتابه العزيز، فيسر لعباده أسباب العيش في نطاق أسري، أساسه المودة والسكينة والرحمة.

فقد جاءت الشريعة الإسلامية حريصة كل الحرص على إظهار وإبراز مكانة هذا النظام الأسري، فأحاطته بسلسلة من الضمانات للحفاظ على العلاقات الأسرية من الضياع والتشتت، ويكفي أن القرآن الكريم سمى عقد الزواج بالميثاق الغليظ تعظيما له، ومن تمام هذه الشريعة وكمالها أنها جاءت راعية لكل العهود والمواثيق والشروط التي يشترطها الزوجان أثناء عقد الزواج.

وكما جاءت لمراعاة مصالح العباد في العاجل والآجل فالمستقرئ لهذه الأحكام يجد أنها جاءت مبنية على جلب المنافع ودرء المفاسد عن المكلفين كيف لا وقد نزلت من حكيم خبير، ومن تلكم الأحكام الشرعية العملية خاصة ما يتعلق بالعقود التي تبرم من المسلمين ولهذا أحاطت الشريعة الإسلامية إبرام العقود بضوابط ومعايير لا بد من التزام المكلفين بها حتى يترتب على تلك العقود المصلحة المرجو تحقيقها بين المتعاقدين، وكذلك نجد أنها راعت جانبا مهما وهو أن المكلف ربما ينظر إلى تحقيق مصلح ذاتية له من خلال العقد الذي يبرمه مع شخص آخر، وهنا أعطت للمسلم الحق أن يشترط لنفسه من الشروط ما يضمن من وراء ذلك تحقيق مصلحته، وهذا أمر لم تحرمه الشريعة الإسلامية بل وضعت أحكام وقواعد تنظمه، وأوجبت الالتزام بها من قبل المكلفين.

أهمية الموضوع:

تأتي أهمية موضوع الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري لما له تأثير على الحق من حيث الصحة والفساد.

يعد موضوعا متعلقا بأعظم العقود وأخطرها في الوقت ذاته ولا يستغني عن معرفة أحكامه أي فرد في المجتمع.

من شأن هذه الشروط أن تؤسس العلاقة الزوجية على أساس التفاهم، وتعد صمام أمان من النزاعات.

توضيح الأحكام العامة للشروط المقترنة بعقد الزواج وهذا يقطع النزاع في الكثير من النزاعات التي تقع بين الزوجين بسبب جهل الكثير من الأزواج لهذه الأحكام فتسوء العشرة بدل الاتفاق.

أسباب اختيار الموضوع:

- التأكيد على تعظيم الشريعة الإسلامية لعقد الزواج وهذا من خلال ما يتوافق مع شروط مقاصد النكاح وما لا يتوافق معها.
- تحديد ومعرفة الآثار المترتبة على عدم الوفاء بالشروط وكذا الجزاء المترتب عنها.
- الأهمية البالغة التي يشتغلها هذا الموضوع في حياة الأفراد والمجتمع ودوره الكبير في المحافظة على استقرار الأسرة.
- التعرض لبعض المواد القانونية المعدلة من قانون الأسرة الجزائري وذكر أسباب التعديل .
- معرفة الشروط التي يمكن اشتراطها في عقد الزواج وما لها من تأثير على العقد.

إشكالية البحث:

ما هي نظرة الفقه الإسلامي والمشرع الجزائري لمسألة الاشتراط في عقد الزواج؟ وما هي الضوابط والقيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج؟

المنهج المعتمد للبحث:

قمت باتباع المنهج التحليلي المقارن، وذاك للمقارنة بين الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري.

يتكون المخطط الذي سأقوم بإتباعه من مقدمة وفصلين وقمت تقسيم كل فصل إلى مبحثين، وكل مبحث إلى مطالب وكل مطلب إلى فروع.

تناولت في الفصل الأول ماهية الشروط المقترنة بعقد الزواج، وضمنته بمبحثين، الأول مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج أما المبحث الثاني تناولت فيه خصائص الشرط وأقسامه، وخصصت الفصل الثاني لبيان أحكام الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري قسمته إلى مبحثين، المبحث الأول ضوابط الاشتراط في عقد الزواج، أما المبحث الثاني فهو آثار الاشتراط في عقد الزواج.

وفي الأخير أنهيت بحثي بخاتمة، تناولت فيها أهم ما توصلت إليه من نتائج.

الفصل الأول

المبحث الأول: مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج

إن معنى الشروط التي يقتضيها عقد الزواج تتصرف إلى كل الشروط التي يوجبها عقد الزواج وعليه فبمجرد أن تصدر التصرفات القولية في المتكلم، في صورة منجزة ومطلقة وخالي من كل شرط أو قيد يبرم العقد، ومن هنا سنقوم بتعريف الشرط وذكر الألفاظ ذات الصلة به.

المطلب الأول: تعريف الشرط.

الفرع الأول: لغة

الشرط بسكون الراء إلزام الشيء والتزامه في البيع ونحوه والجمع شروط، وهو القيد والحكم[1].

ويأتي بمعنى العلامة اللازمة أول الشيء وابتداءه[2].

قال تعالى: « فَهَلْ يَنظُرُونَ إِلَّا السَّاعَةَ أَن تَأْتِيَهُم بَغْتَةً ۖ فَقَدْ جَاءَ أَشْرَاطُهَا » [3]، أي جاءت علامتها اللازمة، أو الحوادث الدالة على قربها لتكون الساعة آتية لا محالا[4].

الفرع الثاني: الشرط عند الأصوليين والفقهاء

أولا: الشرط عند الأصوليين

لقد عرف الأصوليون الشرط بعدة تعريفات، و من هذه التعريفات وأشهرها نجد الشرط "هو الأمر الذي يتوقف عليه وجود الحكم، ويلزم من عدمه عدم الحكم ولا يلزم من وجوده وجود الحكم" [5].

---

[1]– ابن منظور، لسان العرب، بيروت، لبنان، ط1، ج8، ص309.

[2]– أحمد بن محمد بن علي القيومي المقري، المصباح المنير، دار المعرفة، القاهرة ط2، 2016، ص421.

[3]– سورة محمد، الآية 18.

[4]– الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 1426هـ/2005م، ص372.

[5]– الامام ابوزهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1958م، ج1، ص48.

شرح التعريف

1 – قوله في التعريف(هو ما يلزم من عدمه عدم الحكم)أي يلزم من عدم الشرط عدم المشروط كالوضوء الذي هو شرط لصحة الصلاة، فإذا انعدم هذا الشرط انعدمت الصلاة، وبهذا القيد احترز المانع.

أما قوله(لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط وعدم وجوده) مثلا قد يتوضأ الإنسان ولا يصلي ولا يلزم من وجوده عدمها وهذا الأخير قيد من السبب.

وقيل أيضا الشرط "وصف ظاهر منضبط يلزم من عدهم عدم الحكم ولا يلزم من وجوده الحكم ولا عدم وجود لذاته يكون خارجا عن حقيقة المشروط"[1].

ثانيا: تعريف الشرط عند الفقهاء

لقد استعمل الفقهاء عبارة الشرط استعمالا لا يختلف اختلافا كبيرا عن استعمال الأصوليين له، إلا أن استعماله فقها شكل من أشكال التطبيق على الفروع، فعرف الشرط أنه ما يتوقف على وجود الشيء، ويكون خارجا عن ماهيته ولا يكون مؤثرا في وجوده[2]، أو هو ما لا يوجد المشروط مع عدمه ولا يلزمه أن يوجد عند وجوده[3]، وبعد أن تطرقنا إلى مفهوم الشرط عند الفقهاء نلاحظ أن مفهوم الشرط والإطلاقات الموجهة إليه نجد أن له ثلاثة معان:

أ– إما أن يراد به معنى الشرط عند الأصوليين وذلك كشروط الصلاة والزكاة والبيع والنكاح...

ب– وإما أن يراد به أن الشرط اللغوي الذي هو عقد السبب، فيلزم منه وجود الشرط ووجود المشروط ومن عدمه العدم مثال: باب تعليق الطلاق على الشروط.

[1]– وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان ، ط1، 1406هـ/1986م: ج1، ص 93 –95.

[2]– التعريفات، الجرجاني، دار الفضيلة، القاهرة، ط1، 2007م، ج1، ص 209.

[3]–اين تيمية، القواعد والفوائد الاصولية وما يتبعها من الاحكام الفرعية، دار البيان، بيروت، ط1، 1422هـ/2001م، ج1، ص256

ج- وإما أن يراد بالشرط: إلزام أحد المتعاقدين الآخر بسبب العقد ما له فيه منفعة ومثال ذلك : شروط البيع والوقف والنكاح وغيرها[1]، فالوضوء مثلا شرط لصحة إقامة الصلاة فإذا لم يوجد وضوء، لا تصح إقامة الصلاة ولا يلزم شرط لإيقاع الطلاق، فإذا لم توجد الزوجية لم يوجد الطلاق، ولكن لا يلزم من وجود الزوجية وجود الطلاق وهذا كل ما شرط له الشارع شرطا لا يتحقق وجوده الشرعي، إلا إذا وجدت شروطه. ويعتبر شرطا معدوما إذا فقدت شروطه. ولكن لا يلزم من وجود الشرط وجود المشروط [2].

الفرع الثالث: تعريف الشرط قانونا

بعد عرض تعريف الشرط لغة واصطلاحا، وتحليل بعض التعريفات، سوف أتطرق للتعريف القانوني للشرط مادام أن الدراسة في هذه المذكرة تقوم على أساس المقارنة بين الفقه والقانون، وحتى نضبط تعريفا للشرط عند القانونيين، تعرج على بعض نصوص القوانين العربية الخاصة بالشرط، مع الشرح والتحليل.

النصوص القانونية لبعض الدول العربية

أولا: القانون المدني الجزائري: نصت المادة 203 منه على ما يلي :(يكون الالتزام معلقا إذا كان وجوده أو زواله مترتبا على مستقبل وممكن وقوعه"[3].

ثانيا: مجلة الالتزامات والعقود التونسية: جاء في الفصل 116 من هذه المجلة مايلي:

الشرط تصريح بمراد المتعاقدين وبموجه يعلق وجود الالتزام أو انقضاءه بأمر مستقل غير محقق الوجود، والأمر المحقق الوجود وقت التعاقد أو قبله لا يعد شرطا ولو جهل المتعاقدين وجوده[4].

---

[1]- ابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، دار البيان، بيروت، ط 1، 1422هـ/2001م: ج1، ص 256.

[2]- الامام أبوزهرة، المرجع السابق، ج21 ص48.

[3]- الأمر 58-75المؤرخ في 26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر 05-07المؤرخ في 13 ماي2007، الجريدة الرسمية؛ العدد 31.

[4]- قانون87 لسنة 2005المؤرخ في 15اوت2005، لمتعلق بتنظيم مجلة الموافقات والعقود التونسية، الرائد الاسمي، العدد68.

ثالثا القانون الأردني: أما القانون الأردني فقد خصص للشرط المواد من (401-393)حيث نصت المادة 393 "الشرط التزام مستقبل عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه"[1].

فالشرط هو ما يتوقف وجود الحكم على وجوده ويلزم من عدمه الحكم، وهو أيضا أمر مستقبل غير محقق الوقوع يعلق عليه، نشوء الالتزام وانقضاؤه كتعليق انعقاد العقد القانوني، أو فسخه على حدوث حدث في المستقبل غير مؤكد[2].

فالمقصود بالشرط في القانون المدني، حسبما جاء في المادة السالفة الذكر وباعتباره وصفا يلحق بالالتزام، هو أمر مستقبلي غير محقق الوقوع، يترتب على وقوعه إما تقف نشوء الالتزام أو زواله والذي من شأنه تعديل أحكام الالتزام، فيكون الالتزام في مرحلة التعليق موجودا غير أن وجوده ليس مؤكدا، فلا يجوز للدائن أن يتخذ الوسائل التنفيذية للمطالبة بحقه جبرا أو اختيارا طالما لم يتحقق الشرط[3].

ولقد تطرق المشرع الجزائري لمفهوم الشرط في القانون المدني الجزائري، في القسم الأول في الباب الثالث، تحت عنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، حيث قام بمقارنة الشرط والأجل، غير أنه لم يعطي ويحدد مفهوم أو تعريف عام للشرط، حيث نجد أن دراسة المشرع الجزائري للشرط في باب بعنوان الأوصاف المعدلة لأثر الالتزام، يعد ويعتبر إقرار من خلاله يسمح للمتعاقدين بالاشتراط وهذا لتعديل العقد والتصرف.

ولكي نوضح ونبين تطرق القانون المدني الجزائري للشرط، وأهم العناصر التي يتكون منها هذا التعريف :سنقوم بذكرها إجمالا ثم نفصل في ذلك.

أهم العناصر المكونة للشرط

1 - أمر مستقبلي.

2- غير محقق الوقوع.

---

[1]- الشرط -.www.lawja.nat/vb/showtheread.php?11635، 2010-07-29

[2]-بشار عدنان ملكاوي: معجم مصطلحات القانون الخاص. دار وائل، الأردن، ط1، 2008م، ص 131.

[3]- بلحاج العربي، احكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2013م، ط1، ص344.

3- يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله.[1]

تحليل هذه العناصر

1 - الشرط أمر مستقبلي : يتوقف عليه وجود الحكم أو زواله عند تحققه، أي بمعنى أنه التزام معلق، مقيد بشرط غير قائم أو بواقعة في المستقبل، ويتراخى أثره حتى يتحقق الشرط ولا يهم ما إذا كان هذا الأمر ايجابيا أو سلبيا، وهولا يقوم على أمر من أمور الماضي أو الحاضر، فالالتزام الذي يعلق على أمر قد تحقق بالفعل ، لا يعتبر موصوفا وإنما هو التزام بسيط أو عادي، وعليه فلا بد أن يكون الشرط معلقا بالتزام سيوجد في المستقبل، وغير موجود في الماضي ولا في الحال، حتى لا يستحيل على المتعاقد الالتزام بالشرط تجاه المشترط وإذا كان الشرط واقعا، بالفعل فلا فائدة من اشتراطه، لأنه تحصيل حاصل فمثلا لو قال الزوج لزوجته أنت طالق إذا خرجت من البيت الزوجية، فهنا فعل الخروج مرتبط بالزوجة[2].

2- غير محقق الوقوع : يجب أن يكون الشرط غير محقق الوقوع، لأنه إذا كان الأمر مستقبلا ولكنه محقق الوقوع، لا يكون شرطا بل يكون أجلا، حيث يوضح السنهوري، ذلك في الوسيط فيقول، إذا أضاف الملتزم إلزامه إلى موسم الحصاد كان الالتزام مقترنا بأجل لا معلقا على شرط، كون موسم الحصاد في شؤون الدنيا لا بد آت، فالأمر هنا محقق الوقوع، فيكون أجلا لا شرطا، كما يجب أن لا يكون الشرط مستحيلا، وإلا بطل الالتزام والشرط معا من كل هذا الأخير واقفا، أو بطل الشرط وحده إن كان ناسخا، أي أنه يستحيل تحقق الشرط بالوسائل المعروفة للإنسان، فإذا مثلا وعد الشخص آخر بإعطائه جائزة إذا وصل إلى القمر، كانت هذه الاستحالة مطلقة، لكون وسائل الطيران المعروفة حتى اليوم، تعجز عجزا مطلقا للوصول إلى القمر، أو كأن يبيع شخص لآخر دارا إذا طلعت الشمس من المغرب، فهنا الشرط مانع من وجود الالتزام أصلا، لأن الأمر المشترط مستحيل استحالة مطلقة.[3]

---

[1]- دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 1425هـ/2004م، ص 42.

[2]- براكتة مسعود، (الاشتراط في قانون الاسرة الجزائري)، رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014- 2015، ص6.

[3]- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار منشأة المعارف، الإسكندرية. ط1، 2004، ج1، ص 360.

أما في حالة ما إذا كانت الاستحالة نسبية، فإنها لا تعيب الالتزام، بل يكون في هذه الحالة قائما يتوقف وجوده أو زواله على تحقق الشرط، وتعتبر الاستحالة نسبية إذا غلب على الظن تحقق السبب المشروط، وإذا تهيأت الظروف المناسبة لذلك، فيجوز لشخص أو هيئة أن تعد بمنح جائزة إذا استطاع الموعود له أن يجد علاجا لبعض الأمراض المستعصية التي لا يوجد لها علاج اليوم.[1]

3- يترتب على وقوعه وجود الالتزام أو زواله

قد يحصل البطلان لا لكون الشرط مستحيلا، بل لكونه مخالفا للنظام العام أو الآداب العامة، وفي هذه الحالة يسري نفس الحكم السابق، (الخاص بالاستحالة)، غير أنه بالنسبة للشرط الفاسخ يبطل الالتزام والشرط أيضا، (على خلاف الحالة السابقة) إذا كان الشرط هو الدافع إلى الالتزام، ويبطل الشرط والالتزام المعلق عليه إذا كان الشرط واقفا، إذا تعلق بإرادة المدين وحده، فإن شاء أنشأ الالتزام وإن شاء أبقاه غير ناشئ، كمن يعلق نشأة الالتزام بالبيع مثلا بإرادته المحضة، ويطلق على هذا الشرط بالشرط الإرادي المحض، وهو يدل على أن غياب الإرادة الحقيقية في الالتزام لذلك أبطلا معا أي الشرط والالتزام[2]، وعليه فالشرط إما أن يتوقف عليه وجود الالتزام أو زواله.

بعد القيام بتحليل هذا العنصر، يمكن القول أن فقهاء القانون قد قسموا الشرط إلى نوعين أساسين وكل نوع يقسم إلى عدة صور وهي كالتالي:

أ- الشرط الواقف: هو الذي يترتب عليه تحقق الشرط، ومنه يصبح الحق مكتمل الوجود نافذا لا من تاريخ تحقق الشرط فحسب، بل من تاريخ نشأة الحق، على اعتبار أن أثر تحقق الشرط يسري بأثر رجعي، ويصبح هذا الحق واجب الأداء في الحال إما اختيارا أو جبرا على المدين، وإذا تخلف الشرط الواقف بسبب الأثر الرجعي أيضا، يعتبر أن التزام المدين كأن لم يكن وتتمحي جميع آثاره[3].

ب- الشرط الفاسخ: يترتب عليه تحقق الشرط الفاسخ أن يزول حق الدائن تماما، وهذا منذ تاريخ نشوئه تطبيقا للأثر الرجعي للشرط، ويعني ذلك وجوب إعادة المتعاقدين إلى الحالة التي كانا

---

[1]- عبد القادر السنهوري، نظرية العقد، دار منشورات الحلبي العصرية، لبنان، ط2. 1998م، ج1، ص 103.

[2]- عبد المنعم البدوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، د.س.ط، ج2، ص 102.

[3]- دربال عبد الرزاق، مرجع سابق، ص 43.

عليها قبل إبرام التصرف، بحيث يرد كل منهما إلى الآخر ما تسلمه منه (كالبيع والثمن)، تطبيقا لقواعد رد غير المستحق، أما إذا تخلف الشرط، فقد تأكد الحق ولا محل لزواله، هذا مع الإشارة إلى أن الأثر الرجعي للشرط ليس من النظام العام، وبالتالي يجوز الاتفاق على خلافه مما يجعل أثره يسري منذ تحققه فقط، لا منذ نشوء الحق، كما أن طبيعة بعض العقود (كالعقود الزمنية: الانجاز والعمل) تستعصي على الأثر الرجعين وبالتالي يسري أثر الشرط فيها من تاريخ تحقق هذا الشرط[1].

كما أنه من المعلوم أن الشرط الفاسخ لا يعرف بهذه التسمية في الفقه الإسلامي، وإنما يطلق عليه الفقهاء مصطلح "الشرط المقيد"، الذي يترتب على تحققه زوال الالتزام تلقائيا دون الحاجة إلى حكم قضائي ومن الملاحظ أيضا أن وجود أحد نوعي الشرط يتضمن بالضرورة وجود النوع الأخر بالنسبة لأحد طرفيه، فمثلا إذا وهب شخص ابنه أرضه إذا تزوج فتاة معينة، كان الابن مالكا للأرض تحت شرط واقف، وكان الأب في نفس الوقت مالكا للأرض تحت شرط فاسخ والشرط واحد في كلتا الحالتين، لذا يقول الفقهاء أن الشرط الواقف والشرط الفاسخ وجهان لواقعة واحدة[2].

من خلال كل تلك التعاريف، يتبين لنا أن الفارق الأساسي عند فقهاء القانون بين النوعين (الشرط الواقف، الشرط الفاسخ) يكمن في الحكم، حيث أن الالتزام في الشرط الواقف معدوم ومحتمل الوجود، وفي الشرط الفاسخ موجود محتمل الزوال، أما فيما يخص تقسيمهم للشرط إلى نوعين موقف وفاسخ, فهو في الحقيقة ليس تقسيما للشرط نفسه، بل هو تقسيم للأمر المشروط، فإذا كان المربوط بالشرط هو أصل الالتزام سمي الشرط عندهم موقفا، أما إذا كان المربوط به زوال الالتزام سمي الشرط فاسخا، وفي كلتا الحالتين الشرط واحد من قبيل التعليق، ولكن تعليق نشوء الالتزام يعني عدم وجود الالتزام من الطرفين، لقيام الالتزام واستمراره بينهما إلى حين وجود ما يفسخه[3].

[1]– عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، مرجع سابق، ج1، ص 102.

[2]– بلحاج العربي، المرجع السابق، ج1، ص357.

[3]– عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ج1، ص102.

المطلب الثاني: الالفاظ ذات الصلة بالشرط

الفرع الأول: الفرق بين الشرط والركن

بعد أن قمنا بذكر تعريف الشرط، وذكرنا أنه يعتبر من المصطلحات الأصولية، ومنه فإننا سنقوم من خلال هذا المطلب التطرق إلى ذكر بعض المصطلحات، التي لها علاقة بالشرط من خلال ذكر أوجه الفرق بينها وبين الشرط.

إن ركن أي تعريف من التعريفات القانونية هو جزؤه الذي لا يتحقق وجوده إلا به، فالركن هو ما كان داخلا في الماهية، بحيث لا ينعقد العقد إلا إذا توافرت أركانه، فإذا انقضى الركن فسد العقد وبطل، أما الشرط فهو ما كان خارجا عن الماهية، إذ ينعقد العقد بدونه ولكنه مع ذلك تتوقف صحته على توفره، فلا يبرم عقد الزواج إلا إذا توفرت فيه أركان تقومه وتحقق ماهيته، كما يجب أن تجتمع فيه شروط عقد الزواج الصحيح، وأنتج جميع آثاره القانونية، أما إذا نقض شيء من ذلك انعدم الوجود الشرعي لعقد الزواج.[1]

فالشرط ما خرج عن ذات الشيء وحقيقته، والركن ما يكون به قوام الشيء، بحيث يعد جزءا داخلا في حقيقته كالإيجاب في العقد فإنه جزء داخل في حقيقته، لا يوجد العقد بدونه.[2]

فالشرط والركن يتفقان في أن كل منهما يتوقف وجود الشيء على وجوده، ويكمن الفارق بينهما أن الركن جزء من الحقيقة، والشرط ليس جزءا منها، فالركن ما كان داخلا في ماهية الشيء وحقيقته والشرط ما كان خارجا عن الماهية، مثل الطهارة للصلاة شرط وهي أمر خارج عن الحقيقة، والركوع هو ركن من أركان الصلاة وهو جزء من حقيقة الصلاة.[3]

---

[1]– يوسف محمد أبو قرين، الشرح المبسط لأحكام الأسرة، دار الكتاب الوطنية، بنغازي، ليبياء ط1، ص 93.

[2]–عبد المغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، القاهرة، ط 1، 1429هـ/2002م، ج1، ص 226.

[3]– محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط1، 1403هـ/1983م، ج1، ص93.

فإذا العلاقة بين الشرط والركن تكمن في أن كلاهما يتوقف وجود العقد بوجوده، فإذا تخلف الركن بطل الحكم، وإذا تخلف الشرط فسد الحكم، أي أن الحكم يتوقف وجوده على وجودهما، وعدم وجود المحل يلزم بطلان العقد.[1]

الفرع الثاني: الفرق بين الشرط والسبب

يعرف السبب في اللغة بأنه "الحبل الذي يتعلق به الإنسان ويتشبث به للارتقاء والانتقال ولهذا سمي سببا، تشبيها بالحبل الممتد".[2]

والسبب في اصطلاح الفقهاء: هو كل حادث ربط به الشرع أمرا آخر وجودا وعدما، وهو خارج عن ماهيته، أو هو ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم، والسبب أيضا هو كل وصف ظاهر منضبط دل الدليل السمعي على كونه معروفا لحكم شرعي، كجعل زوال الشمس إمارة معرفة لدخول وقت الصلاة، وكذلك عرف من حيث أثره، وهو الذي يلزم من وجوده الوجود، ويلزم من عدمه العدم لذاته[3]، أما القيد الثاني فاحتراز من الشرط، فإنه لا يلزم من وجوده شيء، إنما يؤثر عدمه من العدم، فالشرط والسبب يلزم من عدمها العدم، فيلزم من زوال الشمس دخول وقت الصلاة، ويلزم من عدم زوالها، عدم دخول الوقت الصلاة.[4]

أما الشرط ما كان عدمه مخلا بحكمة السبب، فهو شرط السبب، كالقدرة على التسليم في باب البيع، وما كان عدمه مشتملا على حكمة مقتضاها، نقض حكم السبب وعليه فالشرط والسبب من خلال تعريفهما، نجد أنهما يتفقان في حالة العدم أي أنه إذا انعدم الشرط انعدم المشروطه، واذا انعدم السبب انعدم المسبب، ويفترقان من حيث أن السبب من وجد يلزم من وجوده الوجود، والحكم ما لم يوجد ما يمنع ذلك، فمتى وجدت الزوجية أو القرابة وجد الميراث، على خلاف الشرط فإن وجوده لا يستلزم وجود الحكم أو الأمر المشروطه، فلا يلزم مثلا من وجود الشاهدين وجود عقد الزواج وهكذا

[1]– وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الحكم الطيب، دمشق، د.ط، 1431هـ/2010م، ج3، ص55.

[2]–عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت؛ ط5، 1447هـ/1996م، ج1، ص59.

[3]– وهبة الزحيلي، اصول الفقه الاسلامي، مرجع سابق، ج1، ص 95.

[4]– الأمدي، مرجع سابق، ج1، ص 174.

فإنه لو صح وقوع المشروط بدون شرطه لم يكن شرطا فيه، وقد فرض كذلك أنه شرط وذلك أن الحكم يتوقف على وجود السبب وتحقق الشرط.[1]

الفرع الثالث: الفرق بين المانع والشرط

فالمانع "هو أمر يوجد مع تحقق السبب وتوافر شروطه؛ ويمنع من ترتب المسبب على سببه"[2]، وقيل في ثلاث" فالمعتبر من المانع وجوده، ومن الشرط عدمه، ومن السبب وجوده وعدمه" فالأول،(ما يلزم من وجوده العدم) احتراز من السبب، والثاني (ما يلزم من عدمه وجود ولا عدم)، احتراز من الشرط، والثالث (لذاته)، احتراز من مقارنة عدمه لوجود السبب[3]، مثال يعتبر قتل الوارث مورثه مانعا شرعيا من موانع الميراث؛ : ففي هذا المثال فإن القاتل لا يرث رغم قيام سبب الإرث سواءا، كان من القرابة أو الزوجية، لأنه لو ورث بسبب القتل لكان منتفعا عن طريق ارتكاب جناية القتل شرعا وقانونا وعليه فإن حصول المانع يقتضي رفع مقتضى السبب أو وجود الحكم، حيث إذا حضر المانع مقتضى علة تنافي تلك العلة ارتفع ذلك الحكم، وبطلت العلة لكن من شرط كونه مانعا، أن يكون مخلا بعلة السبب الذي نسب له المانع فيكون رفعا لحكمه؛ فإن لم يكن كذلك؛ كان حضوره مع ما هو مانع له، من باب تعارض سببين أو حكمين متقابلين، فإذا قلنا الدين مانع الزكاة وضعناه أنه بسبب يقتضي افتقار المدين إلى ما يؤدي إلى دينه، وقد يتعين فيما بيده من النصاب، فحين تعلقت به حقوق الغرماء، انتفت حكمته وجود النصاب وهي الغني الذي هو علة الزكاة فسقطت[4]، ويكمن الفرق بين الشرط والمانع، أن الشرط لابد يكون وصفا وجوديا، وأما المانع فعدمي لأن عدم المانع يكتفي به الأصل، والشرط لابد من تحققه فإذا شك في شيء يرجع إلى الأصل، ولذلك عدت الطهارة شرطا لأن الشك فيها مع تيقن ضدها المستصحب، يمنع انعقاد الصلاة؛ كذلك يتمثل الفرق بينهما في أن المانع هو كل ما يلزم وجوده انتقاء غيره، أن المانع عكس الشرط لأن الشرط ما يلزم من عدمه عدم غيره.[5]

---

[1]– علاء الدين الحنبلي، التحبير في شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد، الرياض، د ط، 1997م، ج1، ص 104.

[2]– عوض احمد ادريس، الوجيز في اصول الفقه، دار مكتبة الهلال، بيروت، ط2، 2001م ج1، ص 52.

[3]– ابن نجار، شرح الكوكب المنير، مرجع سابق، ج1، ص452.

[4]– رابح بن غريب، مدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم، جامعة جيجل، الجزائرء ط1، 2002م. ص 66-67.

[5]– ابن نجار، شرح الكوكب المنير، مرجع سابق، ج1، ص 456.

المبحث الثاني: خصائص الشرط وأقسامه.

المطلب الأول: خصائص الشرط

من خلال ذكر تعريف الشرط لغة واصطلاحا، يمكن استنتاج أهم المقومات الأساسية التي يقوم عليها الشرط، والتي تعتبر بمثابة الخصائص المميزة له والتي سوف نقوم بذكرها كالتالي:

الفرع الأول: أنه أمر زائد على أصل العقد

قال الزركسي "الشرط ما جزم فيه بالأصل اي التصرف وشرط فيه أمرا آخر"[1] فلو قال شخص لآخر بعتك هذه السيارة بألف دينار إلى سنة، على أن تعطيني رهنا أو كفيلا، فقبل الآخر فالرهن أو الكفيل التزام زائد عن عقد البيع، لأنه ينعقد بدون هذا الشرط ولا يتوقف وجوده وذاته على هذا الشرط وهنا يختلف الشرط المقترن بالعقد عن الشرط التعليق ، لأنه يقيد ربط حصول أمر بحصول أمر آخر بأدوات من أدوات الشرط، مثال ذلك أن يقول شخص لشخص آخر، إذا قدم ولدي من السفر فقد بعتك داري بمائة ألف دينار، وهذا الشرط التعليقي لا يكون منعقدا في الحال[2].

الفرع الثاني: أنه أمر مستقبلي

لابد أن يكون الشرط متعلقا بالتزام سيوجد من المستقبل، وغير موجود في الماضي، ولا في الحال حتى لا يستحيل على المتعاقد الالتزام بالشرط اتجاه المشترط، وإذا كان الشرط واقعا بالفعل ، فلا فائدة من اشتراطه لأنه تحصيل حاصل، مثال لو أن شخص قال لشخص آخر بعتك هذه الدار بشرط أن يعطيه رهنا أو كفيل معين بالثمن، فعقد البيع اقترن بشرط يلزم احد المتعاقدين بأمر يحدث في المستقبل وهو تقديم الكفالة أو الرهن بعد اتمام العقد، فالشرط هنا التزام أمر لم يوجد في الماضي أوفي الحال، بل التزام سيوجد في المستقبل في أمر قد يوجد بالفعل[3].

---

[1]– سليمان الاشقر، إحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط1 ، 9971م، ج1، ص57.

[2]– طلرشي سامية، الشروط في عقد الزواج الاحكام والاثار، مذكرة ماستر، تخصص ق اسرة، جامعة بسكرة، 2015/2014م، ص 12.

[3]– محمد عبد الله علي طلاحفة، (التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية)، رسالة دكتوراه، جامعة الأردن، 2004م، ص10 .

الفرع الثالث: أنه أمر محتمل الوقوع

أي أن يكون الأمر ممكن الوقوع ، فإذا كانت الواقعة محل الشرط مستحيلة بطل العقد والشرط معا لأن الاستحالة تمنع نشوء الالتزام قانونا، وفقا للقاعدة الكلية "لا التزام مستحيل" وقد أشارت إلى ذلك المادة 204 من ق م صراحة على أنه "لا يكون الالتزام قائما إذا علق على شرط غير ممكن أو شرط مخالف للآداب أو النظام العام"[1].

والاستحالة التي تمنع صحة التعليق هي الاستحالة المطلقة، وهي قد تكون مادية ترجع إلى طبيعة الأشياء أو تكون قانونية ترجع إلى حكم القانون، فلاستحالة هنا مطلقة تؤدي إلى بطلان الاتفاق المعلق عليه، مثال كمن يعد شخصا أن يحيى شخصا ميتا أو من يمسك بالشمس أو يطير في الجو دون أي وسيلة، أما إذا كانت الاستحالة نسبية، فإنها لا تؤثر على التعليق على الشرط ولا تعيب الالتزام[2].

المطلب الثاني : أقسام الشرط

بعد القيام بذكر أهم خصائص الشرط :سنقوم بالتطرق إلى أهم أقسام الشرط حيث نجد أن الشرط ينقسم إلى عدة أقسام، وعليه سنقوم بذكر كل تلك التقسيمات عبر الفروع التالية:

الفرع الأول: أقسام الشرط من حيث المصدر

ينقسم الشرط من حيث جهة أو مصدر اشتراطه، إلى شرط شرعي أو قانوني، أو أن يكون إراديا أو جعليا، كما قد يكون شرطا عرفيا، ولهذا سوف نتطرق إلى كل واحد بالتفصيل.

أولا: الشرط الشرعي:

هو ما كان مصدر اشتراطه الشارع، أي أن الشارع هو الذي اشترطه لتحققه، ومثال على ذلك بلوغ الصغير سن الرشد لتسليم المال إليه، ومثله سائر الشروط التي اشترطها الشارع في العقود والتصرفات والعبادات والجنايات[3]، فالشرط شرعي لازما لتحقق أمر آخر ربط به عدما بحيث إن لم

[1]– بلحاج العربي، مرجع سابق، ص348.

[2]–المرجع نفسه، ص348.

[3]– عبدالكريم زيدان، مرجع سابق، ج 1، ص59.

يتحقق الشرط لم يتحقق ذلك الأمر، وان وجد الشرط لا يلزم من وجوده وجود المشروط كالوضوء للصلاة فاذا لم يوجد لا تصح الصلاة، ولا يشترط من وجود الوضوء إقامة الصلاة وكذلك الشاهدان في عقد الزواج ووجود الولي أيضا فكل هذه الشروط تسمى شروط شرعية[1].

ثانيا: الشرط الجعلي

هو ما كان مصدر اشتراطه إرادة المكلف ، كالشروط التي يشترطها الناس بعضهم على بعض، في عقودهم وتصرفاتهم، كقوله إن خرجت من الدار فأنت طالق أو الشروط التي يشترطها المكلف بإرادته المنفردة كالوقف[2]، أي هي كل الشروط التي أباح الشارع للعاقدين أن ينشؤوها بإرادتهم وتصرفاتهم في العقود ، فهو شرط ينشئه الإنسان بتصرفه وإرادته فيجعل بعض عقوده أو التزاماته معلقة ومرتبطة به بحيث أنه إذا لم يتحقق ذلك الأمر لا تتحقق تلك العقود ولا الالتزامات لأن الأمر الذي صار شرطا للالتزام لم تكن له هذه الصفة شرعا، وإنما جعله الشخص شرطا معلقا عليه في أي أمر كان فيه التنجيز والتعليق[3].

فالشرط الجعلي أو الإرادي هو الذي يرجع تحديد نطاقه إلى إرادة العاقد ولكن الشارع قيده بحدود معينة فليس للعاقد اشتراط أي شرط يرده بل يجب أن لا يخالف حكم العقد أو التصرف وإلا عد شرطا لاغيا[4].

وعليه يمكن القول أن الشروط الجعلية الناتجة عن المتعاقدين وإباحة من الشارع تنقسم إلى أقسام، وقد قسم الإمام الشاطبي الشروط التقليدية المقترنة بالعقد إلى ثلاثة أقسام، بينها بقوله "الشروط مع مشروطاتها على ثلاثة أقسام":

أ- شرط لا ينافي الشرع بل هو مكمل للعقد وذلك كما لو اشترط المقرض على المقترض رهنا أو كفيلا لضمان سداد القرض.

---

[1]- احمد ابن مشعل الغامدي، مفهوم الشرط عند الاصوليين، مذكرة دكتوراه، المملكة العربية السعودية، 1428هـ/1429م، ص89.

[2]-عبد الكريم زيدان ، مرجع سابق ، ج1. ص59.

[3]- سامي محمد ابوا عرجة، (الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الاسلامي)، مجلة الازهر، العدد2، 2008 م، ص18.

[4]- براكتة مسعود، مرجع سابق، ص 9.

ب- شرط غير ملائم وينافي مقتضاه، كأن يشترط الزوج عدم الإنفاق على زوجته.

ج- شرط لا ينافي العقد وتحقق مصلحة لأحد العاقدين، أو كليهما، غير أن العقد لا يقتضيه، أي يعرف مدى ملائمة أو عدم ملائمة للعقد[1].

ويمكن القول أن الفرق الأساسي بين الشرط الشرعي والشرط الجعلي، يكمن في الأثر المترتب عنهما أنه في حالة انتفاء الشرط ينتفي المشروط ، هذا بالنسبة للشرط الشرعي أو القانوني فمثلا تخلف شرط وفاة الموروث معه ينتفي استحقاق الإرث بخلاف الشرط الجعلي فإن المشروط يمكن أن يوجد دون الشرط، فمثال لو أن الزوج قال لزوجته إذا خرجت من الدار فأنت طالق فلو تحقق الشرط فيبقى من الممكن أن يقع الطلاق بسبب آخر[2].

ثالثا: الشرط العرفي

إن معنى العرف في الاصطلاح ما جاء في تعريف بركات حافظ الدين النسفي في كتابه المستصفى، حيث عرف العرف والعادة "استقر في النفوس من جهة العقول وتلقته الطباع السليمة بالقبول والعادة مؤخوذة من المعاودة فهي بتكررها ومعاودتها مرة اخرى صارت معروفة مقرة في النفوس والعقول من غير علاقة ولا قرينة حتى صارت حقيقة عرفية فالعادة والعرف معنى واحد"[3].

والعرف الصحيح المعتبر الذي اقره الشارع بأن يأتي الحكم على وفقه ومقتضاه، ويشترط في العرف حتى يكون معتبرا في نظر الشرع توافر بعض الشروط نذكر منها ما يلي:

[- أن يكون العرف مطردا أو غالبا.

2- أن يكون العرف المراد تحكيمه في المتعرفات قائما عند إنشائها.

3- ألا يعارض العرف نصا شرعيا ولا نصا قانونيا، ولا قاعدة شرعية من القواعد الأساسية ولا حكما بحيث يكون العمل بالعمل تعطيل له.

---

[1]- ابي اسحاق الشاطبي، الموافقات، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 1428هـ/ 2007م، ج1 ، ص23.

[2]- براكتة مسعود، مرجع سابق، ص10.

[3]- سعد الدين التفتزاني، شرح التوضيح على التلويح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416هـ/1996م، ط1، ج1، ص276.

كذلك من شروطه أن يكون قائما وقت إنشاء التصرفات، التي يراد فيها بحكم العرف فلا يعمل له إلا في الحوادث التي نشأت وهو موجود :ومن قال الفقهاء أن العرف الذي يحمل عليه الألفاظ إنما هو المقارن السابق دون المتأخر ولا غيره بالعرف الطارئ[1].

وقد اختلف الفقهاء في مدى تقييد العقود والتعريفات بالشرط العرفي، فذهب الحنفية إلى اعتبار العرف الصحيح وتقييد العقد به، إنشادا إلى بعض القواعد العامة كقاعدة "العادة محكمة " وقاعدة "الثابت بالعرف ثابت بدليل شرعي"، وذهب المالكية أيضا إلى ما ذهب اليه مذهب الحنفية في اعتبار العرف، أما الشافعية فالأصح عندهم أن العرف لا ينزل منزلة النص الصريح[2].

الفرع الثاني: أقسام الشرط من حيث وظيفته

أولا: شرط التعليق

إن التعليق على الشرط "هو ربط حصول مضمون جملة لحصول مضمون جملة أخرى" أو هو "ترتيب العقد على أمر سيوجد في المستقبل"، وعليه فإنه يفهم من ذلك أن التعليق على شرط، عكس التنجيز الذي يكون فيه العقد مطلقا مرتبا لآثاره، فور صدوره[3]، ويصاغ التعليق عادة بإحدى الأدوات الشرطية التي تربط بين فعلين، "نحو "إن" و "إذا" و"متى" و "كلما"، مثال يقول إنسان لآخر إن سافر مدينك أنا كفيل بمالك عليه، هنا يكون القائل قد ربط انعقاد الكفالة بتحقيق سفر المدين وهذا تعليق للكفالة[4]، ولكي يكون العقد مطلقا يجب أن يتوفر فيه شرطان أساسيان:

أ- يجب أن يكون الشرط المعلق عليه مذكورا.

ب-أن يكون الشرط المعلق مما يتحمل الوجود وعدمه ما يمكن معرفة عليه أمرا مستقبلا.

ج- ألا يكون الشيء المعلق عليه مستحيلا، إلا إذا كان العقد باطلا.

---

[1]- سعد الدين التفتزاني، مرجع سابق، ج1، ص276.

[2]- براكتة مسعود، الاشتراط في قانون الاسرة، مرجع سابق، ص11.

[3]- مصطفى الزرقاء، مدخل للفقه العام، دار القلم، دمشق، ط2، /1425هـ/2004م، ج1، ص571.

[4]- همام ذياب عبد الكريم، التعليق وأثاره في التصرفات، دار النفائس، الأردن، ط1، 1429هـ/2009م، ج1، ص61-62.

وعليه يمكن القول بان الشرط المعلق التزام التزمه العاقد بقوله وربطه بسببه وعلقه بشرطه فإذا وجد الشرط الذي علق عليه وجب الالتزام له[1].

ثانيا: الشرط الإضافي

يكون الشرط إضافيا إذا تأخر أحكامه إلى زمن المستقبل ، ويتحقق ذلك بإضافة صيغة الإيجاب إلى المستقبل، وصيغة الشرط قد تكون مطلقة مثال ذلك، قول احد المتعاقدين للأخر اجرتك منزلي هذا لمدة سنتين تبدا من شهر القادم، او من أول العام، ويقبل العاقد الآخر، وعلى العكس من ذلك قد تكون صيغة العقد المضاف مقترنة بشرط، وبخصوص حكم العقد المضاف فانه ينعقد في الحال، أي انه عقد قائم بين العاقدين منذ إنشاء الإضافة:

لكن لا يرتب العقد اثاره الا اذا جاء في الوقت الذي اضيف اليه العقد، ولهذا نجد في كثير من القوانين الوضعية تعبر عن هذا الشرط، باصطلاح الأجل ومما يجب الاشارة اليه، ان عقد الزواج لا يشمله شرط الاضافة الى زمن المستقبل، لان عقد الزواج يوجب تمليك الاستمتاع في الحال[2].

ثالثا: الشرط التقييدي

هو "التزام في التصرف القولي لا يستلزمه ذلك التصرف في حالة إطلاقه "، ويصاغ عادة بعبارة "على ان" أو "على شرط " أو "بشرط أن" ونحو ذلك مما يفيد معنى التقييد، مثال ذلك كما لو باع الإنسان بضاعة على شرط ان تكون محمولة على حسابه، الى محل المشتري فالبائع ، هنا قد التزم بالشرط في ضمن عقده وجيبة حمل البيع الى محل المشتري، وهذا الالتزام لم يكن يقتضيه البيع المطلق أي الخالي من الشرط، لأن البيع المطلق إنما يوجب بمجرد انتقال الملكية بعوض، ثم ان المالك الجديد المشتري هو المكلف بنقل مشتراه على حسابه، فالمقيد هنا هو حكم العقد المنشأ والقيد هو الشرط الذي يلتزم به العاقد، ما التزم علاوة على الحكم الأصلي للعقد[3].

---

[1]–همام ذياب، مرجع سابق، ج1، ص62.

[2]– رشدي شحاتة، الاشتراط في الفقه الإسلامي وفي قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بيروت ، ط1، 1421 هـ/2001م، ج1. ص26.

[3]– مصطفى الزرقا، مرجع سابق، ص572.

أو هو أيضا "الشرط الذي يقترن بالعقد فيزيد من التزاماته أو يقويها"، ومقتضاه التزام لا يوجد في العقد أصلا، مثال أن يزوجه بشرط أن لا يخرجها من بلدها، ولهذا نجد أن هذا الشرط، يعدل من آثار العقد الأصلية بالتزامات زائدة وضعها المتعاقدان أو أحدهما وبعض الفقهاء يسميه شرط الاقتران حيث أنه يكون مقترنا بالعقد[1].

ومن خلال هذين التعريفين يتبين لنا أن الشرط يوجب تكليفا في تصرف قولي، سواء كان عقدا بين طرفين من عقود المبادلات أم غير المالية، أم كان تصرفا انفراديا، كالهبة والوصية ، أما المقصود بالتصرف القولي عند تكوينه، فيقصد به التعبير عن صلب العقد إبان إنشاءه بحيث يصبح من بنوده، وأجزاءه التي تم التراضي على أساسها وهذا مع الاقتران فخرج بذلك الشرط السابق على التصرف واللاحق له، ولو تضمن تكليف، لأنه غير مقترن به أما كونه زائدا عن الشرط الذي يتضمن التزاما من مقتضى العقد، لأن مثل هذا الالتزام يثبت بمطلق العقد قبل الاشتراط ، فلا يفيد التزاما زائدا عما يقرره العقد من حقوق وواجبات، بل يؤكدها ومنه فإن وجوده وعدمه سواء.[2]

وعليه مما سبق يمكن إبراز الفرق، بين شرط التعليق، وشرط الإضافة، وشرط التقييد.

فالشرط المعلق ما كان بصيغة ترتب وجوده على أمر في المستقبل، فلا تترتب آثارها إلا إذا وجد الأمر المعلق عليه، ويسمى هذا الشرط في القانون الوضعي بالشرط الواقف، واذا تخلف الأمر المعلق عليه زال الالتزام الناتج عن العقد، ويسمى هذا الشرط بالشرط الفاسخ، أما الشرط المقيد فهو موجود بين الطرفين ، حيث يتولى المتعاقدان تعديل آثار العقد بموجب حكم زائد عن الالتزام الأصلي.

وأما الشرط المقيد، فيختلف عن شرط التعليق في حالة عدم الوفاء ، في كون أن الفسخ في شرط التعليق يحتاج إلى استصدار حكم من القضاء ، بناءا على طلب صاحب الشرط، وعلى العكس من ذلك فإن الفسخ في حالة شرط التعليق، يتم بمجرد تحقق الشرط أوتخلفه، بحسب الاتفاق حول جعل الشرط فاسخا أو واقفا دون الحاجة لاستصدار حكم من القضاء، أما بالنسبة لشرط الإضافة ،

[1]– سامي محمد ابوعرجة، مرجع سابق، ص19.

[2]– لمطاوي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1995/1996م، ص48.

فهو عند وجود الشرط ولكن تتراخى أحكامه إلى زمن معين في المستقبل، بالرغم من قيام العقد ووجوده.والإضافة تشبه التعليق من جهة كون العقد المضاف لا يرتب أثره إلا إذا جاء الوقت الذي أضيف إليه.[1]

مما سبق يمكن القول ان المشرع الجزائري قد سلك نفس ما سارت عليه باقي التشريعات الوضعية ، مادام ان الشروط التي اشترطت في عقد الزواج صحيحة بالنسبة لفقهاء الشريعة الإسلامية.(الحنفية والمالكية) وترتب آثارها ، وأيضا مما يمكن استنتاجه أن جميع القوانين الوضعية، قد فرضت قاعدة عامة وهي قاعدة إجرائية تنظيمية، تقضي من خلالها انه يجب أن يكون الشرط المشترط من قبل العاقدين مكتوب في صلب العقد، أو في عقد رسمي لاحق، وكذلك وجوب توثيق العقد، وعليه فانه من اشترط شرطا في العقد وحرص عليه ، فانه يجب عليه ان يتأكد من وجوده مكتوبا في صلب العقد، ومنه فان هذه الإجراءات تعمل على سير العقود واستقرار المعاملات، وعدم وجود الصراعات والمنازعات ولهذا نص المشرع الجزائري في نص المادة 19من قانون الأسرة حيث جاءت هذه المادة بغرض ضمان المشارطات التي تتم بين الزوجين، وبالتالي فهي تضمن استقرار الحياة الزوجية الخالية من جميع المشاكل الأسرية.

[1]– براكتة مسعود، مرجع سابق، ص11.

ملخص الفصل الأول

إن الشرط باعتباره آلية قانونية، فهو يسعى إلى تكييف إرادة المتعاقدين مع الحاجة والضرورة أو المصلحة. التي تستدعي وجوب تعليق العقود بالشروط وربط آثارها بالمستقبل.

وعليه ففي هذا الفصل تطرقت إلى حقيقة الشرط من خلال ذكر تعريفه لغة واصطلاحا وذكر بعض الألفاظ المشابهة له كما ذكرت أهم الخصائص التي يتميز بها في كونه أمر محتمل الوقوع وأمر مستقبلي، وختمت هذا الفصل بذكر أقسام الشرط.

الفصل الثاني

المبحث الأول: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج

الاشتراط في عقد الزواج حق معترف به لكلا الزوجين اذ يجوز لهما أن يشترطا ما هو مناسب من الشروط وموافقتا للدليل الشرعي والقانون الوضعي.

لكن نجد اختلاف بين الفقهاء في الأخذ بكل الأدلة الشرعية وفيما يلزم من الشروط بين موسع ومضيق وما بين ذلك، بينما نجد القوانين الوضعية تجعل من النظام العام القيد الأساسي لحرية الاشتراط.

وهذا هو الذي سوف نتطرق إليه في هذا المبحث.

المطلب الأول: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي

لقد اختلف الفقهاء في ضوابط الاشتراط في عقد النكاح بين مضيق وموسع، أي بين من قال بأن الأصل في الاشتراط الحظر والمنع، ومن قال بأن الأصل هو الجواز والإباحة، فهل الأصل في الاشتراط في عقد الزواج الحظر أم الإباحة؟

1 -مسلك المضيقين (المانعين).

يعتبر مذهب الظاهرية أضيق المذاهب في اعتبار الشروط في العقود، حيث ذهبوا إلى القول بأن الأصل في العقود والشروط هو الحظر، إلا ما ورد الشرع بإجازته سواء كان بنص أو إجماع، وإذا لم يثبت جوازه أبطلوه، واستصحبوا الحكم الذي قبله، وطردوا ذلك طردا جاريا، وقد نجد هذا القول في كثير من أصول أبي حنيفة والشافعي وأصول طائفة من أصحاب مالك وأحمد.[1]

والأصل الذي بني عليه الظاهرية مذهبهم في حرية التعاقد بل وفي تفسير الشريعة بوجه عام، هو الوقوف عند ظواهر النصوص والجمود على ظاهر لغويتها، وسد باب الاجتهاد في التعليل وهذا لا يتفق وطبيعة التشريع نفسه، أي تشريع كان.[2]

---

[1]– القواعد النورية الفقهية، أبو العباس تقي الدين ابن تيمية (661–728هـ)، تحقيق د.أحمد بن محمد الخليل، ط3، دار ابن الجوزي، 1433هـ، ص256.

[2]– ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، دار الجدية، بيروت، ط1، (1403هـ/1983م)، ج1، ص 76–77.

أ -مذهب الظاهرية

يمثل أصحاب هذا الرأي أساسا في داود ابن حزم الظاهري ابن حزم الأندلسي، حيث يرى أصحاب هذا الرأي أن الأصل في العقود والشروط هو الحضر لا الاباحة حتى يقدم الدليل في كتاب الله والسنة الصحيحة أو الإجماع أو القياس والاستحسان، على الإباحة ولهذا أبطلوا كل عقد أو تصرف لم يرد من الشارع، ما يدل على جوازه وصحته.[1]

أدلة ظاهرية.

أ-1- الكتاب

قال تعالى:« الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ »[2]

قال تعالى:« وَمَن يَتَعَدَّ حُدُودَ اللَّهِ فَأُولَٰئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ » [3]

قال تعالى:« وَمَن يَعْصِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَيَتَعَدَّ حُدُودَهُ يُدْخِلْهُ نَارًا خَالِدًا فِيهَا وَلَهُ عَذَابٌ مُّهِينٌ» [4]

توجيه الآيات

أخبر الله تعالى بظلم من يتعدى على حدوده، ويجّاوز ما شرعه لعباده، واشتراط الشروط التي لم يرديها دليل معين تعد لحدود الله ومجاوزة لشرعه، وما كان تعديا لحدوده فلا يجوز ولا يجب الوفاء به.[5]

ويقول ابن حزم الظاهري أن الله تعالى إذا حرم النص الشرعي، فحرم على الإنسان أن يعمل على عكس ذلك، فلو قام بتحريم شيء قياسا على ما حرم الله تعالى أو أجل بعض ما حرم الله قياسا

[1]- ابن حزم، المحلى، تحقيق احمد شاكر، مكتبة دار التراث، القاهرة، د.ط، 1426هـ/2005م، ج1، ص697.

[2]-سورة المائدة، الآية 3.

[3]- سورة البقرة، الآية 229.

[4]- سورة النساء، ص 14.

[5]- زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية

أو أوجب غير ما أوجب الله تعالى قياسا، أو أسقط بعض ما أوجبه الله فقد تعد على حدود الله تعالى، وهنا يعد ظالما بشهادة الله عليه ذلك.[1]

الشروط والعقود التي لم تشرع تعد لحدود الله، وزيادة في الدين.[2]

مناقشة أدلة الكتاب

نوقشت أدلة الكتاب لبتي استدل بها الظاهرية من ثلاثة أوجه:

- ✓ عدم التسليم بأن هذه الشروط لم تشرع، وقد دلت النصوص على جوازها بالعموم أو بالخصوص، كما تقدم في أدلة القول الثاني.[3]
- ✓ تعدي حدود الله هو تحريم ما أحله الله أو إباحة ما حرمه أو إسقاط ما أوجبه، لا إباحة ما سكت عنه أو عفا عنه، بل تحريمه هو نفس تعدي حدوده.[4]
- ✓ لا يفهم من كمال الدين النص على كل شيء، وإنما يؤخذ كمال الدين من مجموع أدلة الشرع التي دلت النصوص على اعتبارها وهي الكتاب والسنة والإجماع والقياس، وقد تضمنت هذه الأدلة ما يدل على جواز هذه الشروط، بل هناك من قال بلزومها.[5]

أ-2- السنة

- يقول رسول الله صلى الله عليه وسلم:« من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد[6] »

---

[1]- ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج1، ص680.

[2]- ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، مرجع سابق، ص260.

[3]- المرجع نفسه.

[4]- ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، قرأه وقدم له وعلق عليه وأخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة، شارك في التخريج: أبو عمر أحمد، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ/2002م، ج3، ص114.

[5]- أحمد اليوسف، أسباب انحلال العقود، غير المالية، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1430هـ/2009م، ص148.

[6]-

توجيه الحديث

من يشترط شرطا أو يعقد عقدا ليس في القرآن ولا في الحديث ولا في الإجماع أي لم يرد به النص الشرعي ويكون خارجا عن ما أمر به الشارع وقع باطل، لأنه إذا تعاقد الناس بعقد أو بشرط لم يرد في الشريعة الإسلامية يكونون قد أحلوا أو حرموا غير ما شرع الله وليس لأحد من المؤمنين سلطة التشريع.

ويقول بن حزم بخصوص هذا الحديث "فصح بهذا النص بطلان كل عقد عقده الإنسان والتزمه إلا ما صح أن يكون عقدا جاء النص، أو الإجماع بالتزامه باسمه أو إباحة التزامه بعينه".[1]

- عَنْ عَائِشَةَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهَا ، قَالَتْ :« جَاءَتْنِي بَرِيرَةُ فَقَالَتْ : كَاتَبْتُ أَهْلِي عَلَى تِسْعِ أَوَاقٍ ، فِي كُلِّ عَامٍ وَقِيَّةٌ ، فَأَعِينِينِي ، فَقُلْتُ : إِنْ أَحَبَّ أَهْلُكِ أَنْ أَعُدَّهَا لَهُمْ ، وَيَكُونَ وَلاَؤُكِ لِي فَعَلْتُ ، فَذَهَبَتْ بَرِيرَةُ إِلَى أَهْلِهَا ، فَقَالَتْ لَهُمْ فَأَبَوْا ذَلِكَ عَلَيْهَا ، فَجَاءَتْ مِنْ عِنْدِهِمْ وَرَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ جَالِسٌ ، فَقَالَتْ : إِنِّي قَدْ عَرَضْتُ ذَلِكَ عَلَيْهِمْ فَأَبَوْا إِلَّا أَنْ يَكُونَ الوَلاَءُ لَهُمْ ، فَسَمِعَ النَّبِيُّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَأَخْبَرَتْ عَائِشَةُ النَّبِيَّ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ ، فَقَالَ : خُذِيهَا وَاشْتَرِطِي لَهُمُ الوَلاَءَ ، فَإِنَّمَا الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ ، فَفَعَلَتْ عَائِشَةُ ، ثُمَّ قَامَ رَسُولُ اللَّهِ صَلَّى اللَّهُ عَلَيْهِ وَسَلَّمَ فِي النَّاسِ ، فَحَمِدَ اللَّهَ وَأَثْنَى عَلَيْهِ ، ثُمَّ قَالَ : أَمَّا بَعْدُ ، مَا بَالُ رِجَالٍ يَشْتَرِطُونَ شُرُوطًا لَيْسَتْ فِي كِتَابِ اللَّهِ ، مَا كَانَ مِنْ شَرْطٍ لَيْسَ فِي كِتَابِ اللَّهِ فَهُوَ بَاطِلٌ ، وَإِنْ كَانَ مِائَةَ شَرْطٍ ، قَضَاءُ اللَّهِ أَحَقُّ ، وَشَرْطُ اللَّهِ أَوْثَقُ ، وَإِنَّمَا الوَلاَءُ لِمَنْ أَعْتَقَ » [2].

توجيه الحديث

كل شرط لم يرد عليه دليل معين على صحته في كتاب الله فهو باطل لا أثر له لأنه خارج عن حكم الله وشرعه فلا يجوز اشتراطه، ولا يحل الوفاء به فالحديث ورد في حقه اشتراط المالك للعبد على أن يكون ولاء العبد له لا لمن اشتراه، فأعتقه وهذا الشرط مخالف لما أثبته الله عز وجل من حق

[1]– عبد السلام بن محمود، ابن حزم ومنهجيته في أصول الفقه، المكتبة الاسلامية، بيروت، ط1، 1422هـ/2006م، ج1، ص77.

[2]– أخرجه البخاري: كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطا في البيع لا تحل، حديث رقم 2186، ج3، ص466.

للمعتق، وكذلك هو شرط مخالف لمقتضى العقد ومقصده لذلك أنكر النبي صلى الله عليه وسلم كل شرط مخالف لما شرعه عز وجل.[1]

مناقشة أدلة السنة

تم الرد على أدلة المانعين بالاشتراط بأن أثر الأحكام الشرعية منقاة من أدلة أخرى غير الكتاب والسنة مادامت لا تتناقض مع روح الشريعة الإسلامية وقواعدها العامة وعلى هذا يكون المدلول الصحيح للحديث هو الأول بطلان العقد أو تصرف تضمن أمرا من الأمور المضمن عنها شرعا.[2]

أما الاستدلال بالحديث الثاني فهو كذلك في غير موضعه لأنهم حملوا الشرط الذي نفاه الحديث وحكم ببطلانه على الشرط الذي لم يرد به دليل من القرآن الكريم وهذا غير صحيح، لأنه ليس المراد بكتاب الله القرآن قطعا، فإن أثر الشروط الصحيحة ليست في القرآن بل علمت من السنة والمقصود بالحديث هو بطلان الشرط المخالف للحكم الذي شرعه الله، كما لو اشترطت الزوجة على زوجها طلاق ضرتها لورود النهي عن ذلك أو شرط الولاء لغير المعتق، فهو باطل والذي كان ورود الحديث، وليس هذا تخصيص له سبب وروده، لأن لفظ الحديث في بدايته جاء عاما لأحكام الشرع وقواعده.[3]

الترجيح

مما سبق وبعد عرض آراء الفقهاء وذكر أدلتهم مع المناقشة وبالنظر في الأدلة التي استدلوا بها، نرى أن أدلة المانعين لم يسلم منها دليل يصلح التمسك به.[4]

ونستنتج أن مذهب الظاهرية يتمسكون فقط بما جاء الشارع على إجازته من الشروط التي ورد دليل عليها، حيث يعدون في مقدمة المانعين لشروط عقد الزواج والعقود العامة، وهم بذلك يرفضون

---

[1]– محمد بن علي الولولي، شرح سنن النسائيين، دار البروم، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ/ 2003م، ج1، ص 126.

[2]– البيهقي، السنن الكبرى، در الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ/2003م، ج11، ص34–35.

[3]– ابن حزم ،المحلى، مرجع سابق، ص 674.

[4]– منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الاقناع، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم المكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ/1997م، ج4، ص83.

إحداث العقود والتصرفات الجديدة لأنهم يعتبرون ذلك خروجات الشيء وزيادة عليه ولهذا فهم يرفضون إفساح المجال للإدارة واشتراط الشروط ولا فرق عندهم في ذلك بين العقود المالية ولا العقود الخاصة بالزواج، ما دام أن الظاهرية لم يتوسعوا في الأخذ بالأدلة الثابتة لجواز الشروط والعقود كالاستحسان والمصالح المرسلة، والعرف بل اكتفوا بما ورد في النصوص من الكتاب والسنة والإجماع.[1]

فكلما توسعنا في الأخذ بالأدلة كلما فتحنا الباب أمام حرية الاشتراط واقتربنا أكثر من الرأي القائل أن الأصل في الاشتراط هو الجواز.

2 مسلك المحيزين (الجمهور)

ذهب الجمهور إلى القول بأن الأصل في الاشتراط هو الجواز والصحة ولا يحرم منها ولا يبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله نصا أو قياسا عند من يقول به، لكن ليسوا على درجة واحدة في الإباحة، فنجد الموسعين وعلى رأسهم ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.[2]

ونجد المالكية يتوسعون في تصحيح الشروط على نحو يقربهم زلفى إلى مذهب متأخري الحنابلة.

وقد قرر هذا الإمام الشاطبي في الموافقات، وكذلك نجد أيضا الحنيفية والشافعية يتوسطون القول الأول والقول الثاني فلا يشترطون لا إباحة الشرط بنص خاص كما اشترط أصحاب الرأي الأول الحنابلة، بل هم يميلون إلى أن الأصل في الشروط هو الحضر واستثنوا بعضها ولكنهم توسعوا في الاستثناء.[3]

وقد استدلوا بأدلة من الكتاب والسنة نوردها فيما يلي:

---

[1]– ابن حزم ،المحلى، مرجع سابق، ص 674.

[2]– ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتاب العلمية، لبنان، ط3، 1998م، ج3، ص78.

[3]– ابن قدامة المقني، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د.ط، 1423هـ/2003م، ج1، ص 50-51.

أدلة الجمهور

أ -الكتاب

قال تعالى:« يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ » [1]

وجه الاستدلال

تضمنت هذه الآيات حكم الأمر بالوفاء بالعقود، وهذا ما كان منتظرا مراعاته مستقبلا، فيسمى البيع والنكاح عقودا، وكذلك كل شرط شرطه إنسان على نفسه في شيء يفعله في المستقبل فهو عقد، فعلى المسلمين أن يلتزموا الوفاء بعهودهم وشروطهم إلا ما قد يظهر مخالف لشرع الله فيسقطه.[2]

وقد أفاض ابن تيمية وابن القيم في ذكر النصوص الدينية للاستدلال لقول الجمهور منها.

قوله تعالى: « الَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِن بَعْدِ مِيثَاقِهِ وَيَقْطَعُونَ مَا أَمَرَ اللَّهُ بِهِ أَن يُوصَلَ وَيُفْسِدُونَ فِي الْأَرْضِ ۚ أُولَٰئِكَ هُمُ الْخَاسِرُونَ » [3].

وجه الاستدلال

في هذه الآية دليل الوفاء بالعهد والتزامه، وكل عهد جائز ألزمه المرء نفسه، فلا يحل له نقيضه، وقد قيل العهد على قسمين من بينهما: العقد الذي يرتبط به المتعاقدان على وجه يجوز في الشريعة ويلزم الحكم، إما على الخصوص بينهما وإما على العموم على الخلق فلا يجوز حله ولا يحل نقضه.[4]

قال تعالى:« وَلَا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلَّا بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّىٰ يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ۚ وَأَوْفُوا بِالْعَهْدِ ۖ إِنَّ الْعَهْدَ كَانَ مَسْئُولًا » [5].

---

[1]– سورة المائدة، الآية 01.

[2]– الجصاص، إحكام القرآن، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ط، 1412ه/1992م، ج1، ص2.

[3]– سورة البقرة، الآية 27.

[4]– القرطبي، الجامع لأحكام القرن، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط1، 1427ه/2006م، ج1، ص245.

[5]– سورة الاسراء، الآية 34.

قال تعالى:« وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِن قَبْلُ لَا يُوَلُّونَ الْأَدْبَارَ ۚ وَكَانَ عَهْدُ اللَّهِ مَسْئُولًا [1]».

وجه الاستدلال

قد أمر الله تعالى بالوفاء بالعقود، وهذا عام وكذلك أمر بالوفاء بعهد الله وبالعهد، وقد دخل في ذلك ما عقده المرء على نفسه بدليل قوله تعالى: « وَلَقَدْ كَانُوا عَاهَدُوا اللَّهَ مِن قَبْلُ » فدل على أن عهد الله يدخل فيه ما عقده المرء على نفسه، وإن لم يكن الله قد أمر بنفس ذلك المعهود عليه قبل العهد، إنما أمر بالوفاء به.[2]

مناقشة أدلة الكتاب

الآيات القرآنية التي استدل بها الجمهور قال فيها الظاهرية بأنها ليست على عمومها، ولكنها في بعض العهود وبعض العقود وبعض الشروط.[3]

هذا عموم في إيجاب الوفاء بجميع ما يشترط الإنسان على نفسه ما لم تقم دلالة تخصصه، فغير جائز أن يخص منه شيء حتى تقوم حجة بخصوص شيء منه يجب التسليم لها، وعليه فلا معنى لقول من وجه ذلك إلى معنى الأمر بالوفاء ببعض العقود التي أمر الله بالوفاء بها دون بعض.[4]

قوله تعالى:« الَّذِينَ يَنقُضُونَ عَهْدَ اللَّهِ مِن بَعْدِ مِيثَاقِهِ [5]»، هذه الآية في غاية البيان لأن عهد الله إنما هو مضاف إلى الله تعالى، ولا يضاف إلى الله عز وجل إلا ما أمر به لا ما نهى عنه.[6]

---

[1]– سورة الأحزاب، الآية 15

[2]– ابن تيمية، القواعد النورانية، مرجع سابق، ص 266.

[3]– ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص 15.

[4]– الجصاص، أحكام القرآن، مرجع سابق، ج3، ص 286.

[5]– سورة البقرة، البية 27.

[6]– ابن حزم، الاحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص17.

ب – السنة

–عن عقبة بن عامر رضي الله عن النبي صلى الله عليه وسلم:" أَحَقُّ الشُّرُوطِ أَنْ تُوفُوا بِهِ مَا اسْتَحْلَلْتُمْ بِهِ الْفُرُوجَ"[1].

وجه الاستدلال

دل هذا الحديث على أحق الشروط بالوفاء شروط النكاح لأن أمره أحوط وبابه أضيق، فدل عامة على استحقاق الشروط بالوفاء، وأن أليق الشروط بالوفاء هي الشروط التي قد يشترطها الزوجان في عقد النكاح.[2]

فإذا كان جنس الوفاء ورعاية العهد مأمورا به، علم أن الأصل صحة العقود والشروط، إذ لا معنى لتصحيح إلا ما ترتب عليه أثره، وحصل به مقصودة، ومقصود العقد هو الوفاء به، فإذا كان الشارع قد أمر بمقصود العهود، دل على أن الأصل فيها الصحة والإباحة.[3]

الأصل في الشروط الصحة والجواز وهذا ما دل عليه جمهور الفقهاء.

–عن أبي هريرة رضي الله عنه أن الرسول صلى الله عليه وسلم قال:" الصُّلْحُ جائزٌ بَيْنَ المُسلِمينَ، إلَّا صُلْحًا حرَّم حلالًا، أو أحَلَّ حرامًا".[4]

وجه الاستدلال

قوله صلى الله عليه وسلم "والمسلمون على شروطهم" أي ثابتون عليها واقفون عنها، وفي تحديثه بـ: على وصفهم بالإسلام أو الإيمان دلالة على علو مرتبتهم وأنهم لا يخلون بشروطهم وفيه دلالة على لزوم الشرط، إذا شرطه المسلم إلا ما استثناه في الحديث.[5]

[1]– أخرجه البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم، 5151، ج2، ص20.

[2]– محمد بن علي الولوي، شرح سنن النسائيين، مرجع سابق، ج1، ص155.

[3]– ابن تيمية، القواعد النورانية الفقهية، مرجع سابق، ص 272.

[4]– أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، حديث رقم 1428، ج3، ص 1035.

[5]– الشيخ محمد بن اسماعيل، الأمير الصنعاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط1، 1428هـ/2006م، ج1، ص 682.

فللمشترط له أن يوجب بالشرط ما لم يكن واجباً بدونه ، فمقصود الشروط وجوب ما لم يكن واجباً ولا محرما،وعدم الإيجاب ليس نفيًا للإيجاب، حتى يكون المشترط مناقضًا للشرع، فما أباحه الله في حال مخصوصة ولم يبحْهُ مطلقًا، فإذا حوله الشرط عن تلك الحال لم يكن الشرط قد حرم ما أحله الله. وكذلك ما حرمه الله في حال مخصوصة، ولم يحرمه مطلقًا، لم يكن الشرط قد أباح ما حرمه الله، وإن كان بدون الشرط يستصحب حكم الإباحة والتحريم، لكن فرق بين ثبوت الإباحة والتحريم بالخطاب. وبين ثبوته بمجرد الاستصحاب.[1]

مناقشة أدلة السنة

– نوقش حديث عقبة ابن عامر رضي الله عنه من وجهين:

الوجه الأول

يكون هذا بلا شك في الشروط التي أمر الله تعالى أن يستحل بها الفروج، من الصداق المباح ملكه الواجب إعطاؤه، والنفقة والكسوة والإسكان والمعاشرة بالمعروف وترك المضرة أو التسريح بإحسان، لا بما نهى الله تعالى أن يستحل به الفروج من الشروط الفاسدة المفسدة من تحليل حرام، أو تحريم حلال، أو إسقاط واجب أو إيجاب ساقط.[2]

ولأن كل ذلك خلاف لأوامر الله تعالى، ولأوامره صلى الله عليه وسلم، واشتراط المرأة ألا يتزوج، أو أن لا يستري أو أن لا يذيب عنها أو أن لا يرحلها من دارها، كل ذلك تحريم حلال، وهو وتحليل الخنزير والميتة سواء، في أن كل ذلك خلاف لحكم الله عز وجل، فصح أنه عليه الصلاة والسلام إنما أراد شرط الصداق الجائز الذي أمرنا الله تعالى به، هو الذي استحل به الفروج لا ما سواه.[3]

[1]– ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الاسلام، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد قاسم وساعده ابنه محمد، د.ط، 1425هـ/2004م، مجمع الملك فهد، طباعة المصحف الشريف، ج 29، ص 148.

[2]– ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص 21.

[3]– ابن حزم، المحلى، مرجع سابق، ج1، ص 674.

الوجه الثاني

حملوا الحديث على الشروط التي تنافي مقتضى النكاح، بل تكون من مقتضياته ومقاصده.[1]

وقد نوقش هذا من وجهين:

01 -حمل الحديث على هذه الشروط فيه ضعف، لأن هذه الأمور لا تأثر الشروط في إيجابها فلا تثبته الحاجة إلى تعليق الحكم بالاشتراط فيها، ومقتضى الحديث أن يكون لفظة "أحق الشروط" تقتضي أن يكون بعض الشروط يقتضي الوفاء، وبعضها أشد اقتضاء له، والشروط التي هي مقتضى العقود مستوية في وجوب الوفاء.[2]

02 -لو صح وهو لا يصح لكان حجة لنا عليهم، لأن فيه إضافة النبي صلى الله عليه وسلم الشروط إلى المسلمين، ولا يجوز أن يضاف إلى المسلمين من الشروط فيقال: شروط المسلمين والمسلمون عند شروطهم إلا في الشروط الجائزة، لا في الشروط المنهى عنها، ولا شروط للمسلمين إلا الشروط التي أباح الله تعالى في القرآن أو السنة الثابتة عنها، لا شروط للمسلمين غيرها لأن المسلمين لا يستجيزون إحداث شروط لم يأذن الله تعالى بها.[3]

فالمشترط ليس له أن يبيع ما حرمه الله ولا يحرم ما أباحه الله، فان شرطه حينئذ يكون مبطلا كحم الله، كما ليس له أن يسقط ما أوجبه الله، وإنما له أن يوجب بالشرط مالم يكن واجبا بدونه، كالإبادة في المهر هو مباح، لكن إذا اشترط يكون واجبا بدونه، كالزيادة في المهر هو مباح، لكن إذا أشترط يكون واجبا.[4]

الترجيح

بعد عرض آراء الفقهاء وذكر أدلتهم مع المناقشة، بالنظر في الأدلة التي استدلوا بها وما ورد عليها من اعتراضات، نرى أن أدلة المانعين لم يسلم منها دليل يصلح التمسك به، وأن أدلة المبيحين

[1]- صحيح مسلم، بشرح النووي، مكبة دار الوفاء، الأزهر، القاهرة، ط1، 1424ه/2003م، ج3، ص 159.

[2]- ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، دار الفكر، بيروت، 702ه، ص424.

[3]- ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، مرجع سابق، ج1، ص 23-24.

[4]- ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج3، ص 95.

قد سلم منها ما يقوى على اثبات مدعاهم، وإذا سلم الدليل سلم المدعى، لكن لا يظن هؤلاء أنهم فتحوا باب الشروط لكل طارق، يبيح منها ما يشاء بل ألزموا من أراد الحكم بصحة أي شرط أن يستوعب الأدلة المعارضة لتلك الأدلة العامة التي جاءت بإباحة الشروط حتى يكون حكمه صحيحا فإن وجد المعارض عمل به، وإلا حكم بإباحة الشرط وصحته.[1]

اجتهادات الفقهاء الذين يرون أن الأصل في حرية الشروط العقدية هو الإطلاق، ترى أن الأصل الشرعي بمقتضى دلائل نصوص الشريعة والسنة العملية، هو حرية العقود أنواعا وشروطا، ووجوب الوفاء بكل ما يلتزمه العاقدان ويشترطان، مالم يكن في نصوص الشريعة أو قواعدها ما يمنع من عقد أو شرط، وهذا مبنى الاجتهاد الحنبلي، بحسب نصوص فقهائه المختلفة، وهو أوسع الاجتهادات الفقهية الإسلامية وأرحبها صدرا بمبدأ سلطان الإرادة، وعلى هذا الرأي بعض فقهاء المذهب المالكي، ففي هذه الاجتهادات لا يعتبر للعقود مقتضيات ضيقة بحدود ثابتة تتحكم في شروط المتعاقدين، بل يرون أن الشارع في الشريعة الإسلامية قد فوض إلى إرادة العاقدين تحديد هذه المقتضيات ضمن نطاق حقوقهما في كل مالم يصادم نصا من نصوص الشريعة ولا ينقض أصلا من أصولها الثابتة، فهؤلاء هم أوسع نظرا في تفسير مقتضى العقد وحدوده، لأنهم يعترون مصلحة العقد نفسه مادامت مشروعة.[2]

يرى الدكتور وهبة الزحيلي بأنه يجب أن يؤخذ برأي الحنابلة في اطلاق حية الإشتراط للعاقدين في العقود المالية، تحقيقا لحاجات الناس ومصالحهم، ومراعاة لما يطرأ من تطورات أو أعراق في إبرام عقود لأغراض مشروعة، وإلا لشلت حركة التجارة والنشاط الاقتصادي الذي اتسع ميدانه في العقود والشروط على نحو لم يكن معروفا لدى الفقهاء، ويؤخذ برأي غير الحنابلة في عقود الزواج حرصا على ما له من حرمة وقداسة، ولما فيه جانب العبادة ولما تطلبه الأسرة من استقرار ودوام، ينبغي من أجله عدم إفساح المجال لحرية الاشتراط التي تتأثر بالأهواء، وتعصف بأغراض الزواج السامة.[3]

---

[1]– زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد، مرجع سابق، ص91.

[2]– مصطفى الزرقاء، المدخل الفقهي العام، مرجع سابق، ج1، ص 552.

[3]– وهبة الزحيلي، الفقه الاسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج1، ص 3052.

المطلب الثاني: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري

إن الاشتراط في العقد بصفة عامة أمر جائز كما سبق ذكره وهذا استنادا إلى القاعدة القانونية القائلة بأن "العقد شريعة المتعاقدين" حيث نصت المادة 106 من القانون المدني الجزائري بأن العقد شريعة المتعاقدين فلا يجوز نقضه، ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين، أو بالأساليب التي يقررها القانون"[1]، فالعقد منذ اتمامه بين المتعاقدين تصبح أحكامه بمثابة القانون الذي يطبق على المتعاقدين من حقوق وما ينشأ عليهم من إلتزامات دون أن يملك أحدهما بمفرده حق التعديل أو نقض ما جاء في العقد إلا في الحالة التي يجيز فيه القانون للمتعاقدين حق تعديل أو نقض العقد.[2]

ومن هنا يتبين لنا أن معيار قيود وضوابط الاشتراط في القانون، هو الحفاظ على النظام العام، والآداب العامة، وقبل الوصول إلى أي استنتاج علينا أن نتطرق إلى دراسة القيود الواردة على حرية الزوجين في الاشتراط من الناحية القانونية.

الفرع الأول: عدم مخالفة النظام العام

قبل التطرق إلى الضابط علينا أولا أن نتطرق إلى تعريف فكرة النظام العام وحقيقة الشرط المخالف للنظام العام وحكمه.

البند الأول: تعريف فكرة النظام العام

يتميز القانون الخاص في إطار القانون الداخلي كما سبق أن ذكرنا بأنه ينظم في فروعه المختلفة علاقات بين طرفين لا يعمل أي منهما بوصفه صاحب سيادة أو سلطة على الطرف الآخر، فهو يحمي أساسا المصالح الخاصة للأفراد ولهذا كان طبيعيا أن يتسع فيه المجال للقواعد المكملة لإرادة الأفراد، ومنها كانت الحاجة إلى الاستعانة بفكرة النظم العام والآداب العامة لتحديد مدى تغيب القانون الخاص من القواعد الآمرة والقواعد المكملة كوسيلة لفرض القواعد الآمرة على الخصوص، فعندما لا تفصح العبارة التي صيغت بها القاعدة عن نوعها فهنا يمكن الاستعانة بفكرة النظام العام

[1]– الأمر رقم 75–58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بعدة قوانين أخر القانون رقم 05–10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الكتاب الثاني، الإلتزامات والعقود، الفصل 2: العقد، القسم 3: آثار العقد، ص 19.

[2]– خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح ق م ج، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط1، 1994م، ص 106.

والآداب العامة في هذه العملية وعليه فحيث ما تكون القاعدة متعلقة بالنظام العام والاداب العامة تعد قاعدة أمرة وحيث تكون القاعدة غير متعلقة بها فهي تعد مساعدة ومكملة[1].

وعليه عموما يمكن القول بأن النظام العام على وجه الإجمال عبارة عن مجموعة القوانين التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة للمجتمع سواءا كانت هذه المصلحة سياسية، وهذا في مجال القوانين الدستورية والادارية أو كانت مصلحة اجتماعية وهو ما تراعيه قوانين الأحوال الشخصية أو كانت مصلحة اقتصادية[2].

إن قواعد النظام العام هي إذن مجموعة النظم التي يراد بها تأمين سير المصالح العامة في الدولة، وضمان الثقة وحسن الآداب في علاقة الأفراد فيما بينهم بحيث لا يجوز لهؤلاء استيعابها في اتفاقاتهم أو الاتفاق على عكسها فإذا خرجوا عن هذا النظام باتفاق خاص وقع الإيقاف باطلا ومن المعروف أن النظام العام وحسن الآداب، يعتبران من الأفكار النسبية والمتطورة وتختلف من مجتمع لآخر ، ومن زمان إلى زمان في نفس المجتمع فهما يتأثران بالظروف السياسية والاقتصادية والاجتماعية والخلقية» ولهذا فإن الفصل في مسالة النظام العام والآداب العامة تعتبر مسالة قانونية مهمة جدا ، يخضع فيها قاضي الموضوع إلى الرقابة من المحكمة العليا ، وعليه فانه حيث ينطق القاضي ، بأحكامه عليه مراعاة مصالح الجماعة ، ولا يعول آراءه ومعتقداته الخاصة ، كون معيار النظام العام هو مصلحة العامة التي تختلف بنظام المجتمع الأعلى .[3]

المبدأ الثاني : حقيقة الشرط المخالف للنظام العام.

أولا : حكم الشرط

تختلف حكم الشرط المخالف للنظام العام، باختلاف نوعيه، فإن كان الشرط المختلف للنظام العام، واقفا كان العقد باطلا مبطلا، سواء كان هذا الشرط هو السبب الدافع للتعاقد أو لم يكن، إلا إذا

[1]– أحمد سيد علي، مدخل للعلوم القانونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.ر.ط.2009م ص 175.

[2]– بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام، مرجع سابق، ج1، ص 149.

[3]– عبد الرزاق السنهوري،الوجيز في شرح القانون المدني، مرجع السابق، ج1، ص 361–360.

كان الشرط الواقف بسيطا أما إذا الشرط المخالف للنظام العام، فاسخا، فهنا كان باطلا غير مبطل للالتزام، إلا إذا كان هو السبب الدافع إلى الإبرام فحينها يكون مبطلا له.[1]

ولهذا لغت معظم القوانين العربية على ذلك، ومنها القانون المدني الجزائري، حيث جاء في المادة 204 منه (لا يكون الالتزام قائما إلا إذا علق على شرط، غير ممكن، أو شرط مخالفا للآداب والنظام العام، هذا إذ كان الشرط واقفا، أما إذا كان الشرط فاسخا، فهو نفسه الذي يعتبر غير قائم غير أنه لا يقدم الالتزام، الذي علق على شرط فاسخ مخالف للآداب والنظام العام، إذا كان هذا الشرط، هو السبب الوحيد للالتزام.[2]

وعليه فان النظام العام يعتبر من أهم القيود الواردة على حرية الاشتراط في عقد الزواج، حيث لا تجوز للأفراد تعديلها من تلقاء أنفسهم، مثلا في حالة علاقة الشخص مع أسرته وماله من حقوق وما عليه من واجبات، ومنه فإنه لا يجوز للزوجين الاتفاق على مخالفة قواعد النظام العام، ولو كانت هذه الاتفاقات تحقق لهم مصالح شخصية، وليس هذا إلا تغلبا للمرحلة العامة، على المصلحة الخاصة في المجتمع و قانون الأسرة الجزائري،. نص على ذلك في مادته 19 المعدلة، حيث جاء فيها "أنه يبطل أي شرط، يعارض هذا القانون، وهذا لكون المسألة تتعلق بالنظام العام[3].

الفرع الثاني : عدم مخالفة الآداب العامة.

قبل أن تتكلم عن هذا الخطاب أو القيد، علينا أولا أن نوضح معنى ومفهوم الآداب العامة، ثم مدلول الشرط المخالف للآداب وفي الأخير، نبين حكم الشرط المخالف للنظام العام.

المبدأ الأول : مفهوم الآداب العامة.

إن فكرة النظام العام يرتبط ارتباطا وثيقا، مع فكرة الآداب العامة، خاصة من حيث عدم الضبط والوضوح، وارتباط كل منهما، بقواعد الأخلاق الذي لا يتضمنها نص قانوني خاص، لان مختلف القوانين، لم تحدد مفهوما محددا للآداب العامة ولكن ورغم ذلك فإن هذا القانون لم يمتنعوا

[1]– بالحاج العربي، مرجع سابق، ج1، ص 105.

[2]– خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 1994م، ص 106.

[3]– زكرياء سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، د.ط: 2013م، ص 104.

عن إعطاء تعريف للآداب العامة وعليه يمكن القول بأن الآداب العامة هي مجموعة القواعد الخلفية التي تدين بها الجماعة في عصر معين وبيته معينة، وهي ترجع عادة إلى مجموعة المعتقدات الموروثة والعادات المتأصلة وما جرى به العرف وتواضع عليه الناس وللدين أثر كبير في تحديد هذه الآداب فكلما اقتربت الحضارة من الدين، كلما زادت القواعد المعلقة بالآداب العامة[1]، وكذلك مجُموعة القواعد والمبادئ التي حرص الناس على إتباعها واحترامها لنا موس معين يسود علاقتهم الاجتماعية، وهذه القواعد وليدة عوامل كثيرة.[2]

ومن الواضح أن المشرع الجزائري لم يعرف الآداب العامة، فان القاضي بصفة الحارس الأمين لكيان المجتمع» يجب عليه حماية الأسس الخلفية للجماعة والمبادئ التي تسود العلاقات الاجتماعية وهما فان قواعد الفقه الإسلامي يلعب دورا بارزا وجوهريا في تحديد مفهوم الآداب العامة» باعتبار أن الإسلام دين الدولة.[3]

المبدأ الثاني : مفهوم الشرط المخالف للآداب العامة.

أولا: حكم الشرط المخالف للآداب العامة:

يكون الشرط المخالف للآداب العامة نفس حكم الشرط المخالف للنظام العام معناه، في ذلك أن يكون باطلا مبطلا للالتزام إذا كان الشرط واقفا ويكون باطلا غير مبطل للالتزام إذا كان فاسخا إلا من حالة ما إذا كان هذا الشرط السبب الدافع للتعاقد، فانه حينئذ يكون مبطلا للالتزام .[4]

وبمقارنة فكرة النظام العام، والآداب العامة في القانون الوضعي كقيد وارد على حرية الاشتراط وما يقابل هذه الفكرة من الشريعة الإسلامية، ونعني بذلك عدم مخالفة الشروط كدليل شرعي، نجد أنهما يختلفان في كون النظام الشرعي العام في الشريعة الإسلامية ثابت على مر الزمان ولا يجوز تغييره ولا تبديله، باختلاف فكرة النظام العام حسب القانون الوضعي فإنها تخضع للغير وعليه فان

[1]– أنور أبو طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني،دار المكتب الجامعي الحديث؛ (د.ر.ط)ء 2001م،ج1، ص 28.

[2]– خليل حسن قدادة، مرجع سابق، ص 108.

[3]– عبد الحميد الشواربي، الالتزامات والعقود التجارية، منشأ المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، إسكندرية، د.ر.ط، 2001م، ص 149.

[4]– عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، الحصرية، بيروت، لبنان، 1998، ج1، ص101.

النطاق المحرم في الشريعة الإسلامية أوسع مجالات في نطاق التحريم في القانون الوضعي فالفقه الإسلامي يعالج القضايا الدنيوية والدينية بينما يقتصر القانون الوضعي على معالجة الأمور الدنيوية فقط.[1]

الفرع الثالث: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة

لقد نص المشرع الجزائري على هذا الضابط واعتبره القيد الوحيد حيث خصص المشرع باب الاشتراط في عقد الزواج المادة 19 المعدلة من الأمر رقم 02-05 حيث ورد فيها مايلي: للزوجين أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد رسمي لاحق كل الشروط التي يريانها ضرورية، لاسيما شرط تعدد الزوجات، وعمل المرأة وما لم تتناقض هذه الشروط مع أحكام هذا القانون، كما أن المشرع أخذ تجربة الاشتراط ولكن بشرط أن لا تتنافى تلك الشروط وتتصادم مع ما يفرضه القانون ومقتضيات عقد الزواج إضافة نحو ذلك أن حق الاشتراط ليس مقصورا على أحد طرفي العقد، بل أنه حق يتمتع به كل من الرجل والمرأة على حد سواء ولذلك يكون المشرع قد كرس مبدأ المساواة بين الجنسين فيما يتعلق بحرية الاشتراط، حيث جاءت صيغة المادة على صيغة المثنى وحسب نص المادة» يؤكد المشرع على ضرورة الالتزام بالشروط من كلا الزوجين[2]، فالمشرع الجزائري من خلال نص المادة السالفة الذكر، قد أجاز بصريح العبارة للزوجين على أن يتفقا على كل الشروط التي يريانها ضرورية، ما لم تكن مخالفة للقانون، وقد خص بالذكر اشتراط المرأة على الرجل أن لا يتزوج عليها أو يمنعها من العمل، ومن الواضح أن المشرع بذكره لهاذين الشرطين، ذكرهما على سبيل المثال لاعتقاده بأنهما أساس كل خلاف عائلي واجتنابا لكل علاقة زوجية فاشلة، والتعديل الأخير الذي أقر للزوجين إمكانية أن يشترطا في عقد الزواج أو في عقد لاحق، ما يريانه ضروريا من الشروط وقد شرع ذلك بهدف تمكين كل من الزوجين من حل المشاكل، التي قد يقع فيها الزوجين خاصة فيما يتعلق بعمل

[1]- بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، 2008-9، ص 126-128

[2]- بن صغير محفوظ، الاجتهاد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (أطروحة دكتوراه)، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1430هـ/2009م، ص 453.

الزوجة أو تعدد الزوجات، ونظرا لتعدد الشروط الممكنة في الحياة العملية حيث يصعب حصرها، قام المشرع بذكرها من باب التمثيل فقط، وترك المجال للعادة والعرف.[1]

وانه بالنسبة كمحاولة لحصر أحكام قانون الأسرة، حيث أنه لا يجوز للزوجين تعديلها باشتراط شروط زائدة على أصل العقد، إذ أن المشرع قصد من وراء ذلك كل الأحكام والآثار الأصلية لعقد الزواج التي هي من مقتضى العقد، وهذا ما يقع جليا خاصة من خلال ما جاء في المادة 32 من قانون الأسرة التي تنص على أنه يبطل عقد الزواج إذا اشتمل العقد على شرط أو مانع يتنافى ومقتضيات العقد،[2] وبذلك اعتبر المشرع إشتمال العقد على الشرط النافي له يكون سببا لبطلانه (أي العقد)، فالمقصود بالأحكام هي الآثار المترتبة على عقد الزواج التي تعتبر من مقتضى العقد، وعليه فأهم القواعد الأساسية والأحكام التي تضمنها هذا القانون تتمثل في:

1 حل الاستمتاع بين الزوجين (المادة04).
2 استحقاق الزوجة الصداق (المادة 14).
3 استحقاق الزوجة النفقة (المادة 7).
4 حسن المعاشرة بين الزوجين.
5 التوارث بين الزوجين (المادة 126).
6 ثبوت النفس للأولاد (المادة41).

أما المادة الثانية فهي المادة 35 التي جاءت فيها " إذا اقترن عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح".[3]

ومما سبق يمكننا القول أن المادة 19 موجودة منذ 1984، حيث كانت تشكل دورا هاما في التشريع الجزائري، وفي عقود الزواج، فإن جعلت للزوجين حق الاشتراط، ما لم تكن هذه الشروط

[1]– فاروق أبو سراج الذهب، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البعيدة، للبحوث والدراسات الإنسانية، الجزائر، 2004م، العدد 8، ص117.

[2]– عبد الرحمان داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط1، 2007م، ص 125.

[3]– سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة وهران، ص 109.

باطلة، أو ماسة بالنظام العام ولكن بقيت المادة 19 معطلة عمليا منذ 1984 لجهل الأزواج بحقوقهم فعدلت المادة وأصبحت تتضمن شروطا عاما ومخصصة، حيث أصبح للزوجة أن تشترط على زوجها حين إبرام العقد أو بعقد لاحق ما تشاء من الشروط الغير المخالفة للقانون.[1]

ولهذا يكون المشرع قد توسع في مسألة الاشتراط، ولم يتقيد بما ذكره فقهاء المالكية

بل هو أقرب إلى مذهب الحنابلة، القائلين بلزوم الشروط التي لم ينه الشارع عنها، ولا تناقض مضمون العقد وهذا الاختيار كونه يتماشى مع طبيعة العقود وتحقق

مصلحة المتعاقدين ويدرأ كل التنازع والاختلاف بين المتعاقدين أثناء قيام الزوجية خاصة بعض المسائل الهامة كالتعدد ومسألة عمل المرأة وغيرها من القضايا التي يكون الاشتراط فيها مغنيا عن التقييد.[2] وعند المقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون في مسألة ضوابط الاشتراط في عقد الزواج نجد أن الفقه الإسلامي قيد الاشتراط بعد منافاته للنظام الشرعي، والذي قابله النظام العام في الاصطلاح القانوني أي هو الإحكام التي قامت دلائل الشريعة على أنها إدارة الشارع في هذه الصلة الزوجية وما فيها كان يقوم الزواج على أداء المهر قل أو كثر، وعلى أن الرجل هو صاحب السيادة في الحياة الزوجية المكلف بنفقة الزوجة والأولاد.[3]

[1]– عبد العزيز سعد، مرجع سابق، ص 104.

[2]– عبد القادر داودي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الجامعية، الجزائر، ط1 ، 2004م، ص106.

[3]– محمد علي السرطاوي، قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط1، 1417ه/1997م، ج1، ص135.

المبحث الثاني: أثار الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي والقانون

تلعب الشروط دورا مهما في التأثير على العقد من حيث الصحة والفساد، ومن حيث وجوب الوفاء بها وهذا بإعطاء الحق للمشترط فسخ عقد الزواج عند عدم الوفاء بالشروط المتفق عليها أثناء العقد، ومنه ففي هذا المبحث نبين أثر هذه الشروط.

المطلب الأول: أثار الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي.

الفرع الأول: الشروط الموافقة لمقتضى العقد

هي تلك الشروط التي لا خلاف بين الفقهاء حولها، فهي صحيحة غير مكروهة، مادام أنها تتفق مع مقتضى العقد، كاشتراط الزوجة عن زوجها أن ينفق عليها، أو حسن المعاشرة، فإن اشتراط هذا النوع من الشروط لا يطيق شيئًا جديدا على العقد فبمجرد انعقاد العقد تثبت هذه الشروط، فلا حاجة لاشتراطها في العقد،[1] لذا اتفق الفقهاء على أن هذه الشروط مشروعة بل تعتبر من الآثار الواجبة المترتبة على العقد بمجرد انعقاده والوفاء بها واجب لأنها واجبة بالعقد من غير شرط.[2]

الفرع الثاني: الشروط المناقضة لمقصود العقد أو لمقتضى العقد

يعني بهذا النوع من الشروط الاتفاقات المخالفة للأحكام التي رتبها الشرع على العقد كاشتراط النفقة للزوجة ولا مهر لها ولا توارث بينهما أولا يدخل بها، فهذه كلها شروط تتناقض مع أحكام العقد وآثاره، والمقصود منه في الشرع.[3]

فهذا النوع من الشروط غير ملائم لمقصود المشروط، ولا مكمل لحكمته بل هو على عكس الأول فهذه الشروط تناقض مقتضى عقد الزواج ولذا فهي باطلة باتفاق الفقهاء لأنها تتضمن إسقاط حقوق تجب بالعقد قبل انعقاده، فلا تصح وصح عقد الزواج مع بطلان هذه الشروط لأنها شروط تعود إلى معنى زائد في العقد، لا يشترط ذكره ولا يضر بجهل به حيث جاء في المغني، "القسم الثاني" ما يبطل الشرط ويصح العقد مثل أن يشترط أن لا مهر لها، أو أن لا ينفق عليها، فهذه

---

[1]– أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، ط3، 1437هـ/1994م، ج1، ص105.

[2]– محمد فهد شفقة، شرح الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دمشق، سوريا، د.ر،ط،ع،ء،د،ت،ن، ج1، ص 221.

[3]– محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ر .ط،ء.د.ت.ن،ج1 ، ص 102.

الشروط كلها باطلة في نفسها، لأنها تنافي مقتضى العقد فالاتفاق بين الفقهاء في عدم مشروعيته وصحة هذه الشروط، لكنهم اختلفوا في مدى تأثيرها على عقد الزواج.[1]

الحنفية: ذهب الحنفية إلى تغليب قوة العقد على فساد الشرط ومنه فإنه يظل العقد صحيحا، لأن النكاح لا يبطل بالشروط الفاسدة عندهم، وإنما يبطل الشرط فقط.[2]

المالكية : عندهم إذا شرطت مثل هذه الشروط، يفسخ النكاح قبل الدخول، ويثبت بعده بمهر المثل ويلغي الشرط، ولقد قام المالكية كميزة منفردة لهم، بالتعريف بين حالتي قبل الدخول وبعده مراعاة لقاعدة "مراعاة الخلاف".[3]

الشافعية : يسمى هذا القسم، من الشروط ما يخل بمقتضى العقد ومقصود النكاح الأصلي، مثال كشرط أن يتزوجها على أن يطلقها في رأس الشهر، فالنكاح باطل، لكن لهم تفصيل في بعض الشروط حيث يختلف الحكم باختلاف جهة مشترطه.[4]

كأن يتزوجها على أن لا يطأها فإن كان الشرط من جهتها، فالزواج باطل لأنها منعته من ما استحقه عليها من مقصود العقد، أما إذا كان من جهته فالزواج صحيح عندهم، وأيضا كما أن يتزوجها على أن لا نفقة لها أبدا فسمي هذا الشرط انه رفع المقصود بالعقد، فلو كان الشرط من جهتها صح النكاح، أما في حالة إذا كان الشرط من جهته، فقد اختلف الفقهاء في ذلك.[5]

فالحنابلة : قالوا إن اشتراط الزوجين لمثل تلك الشروط مفسدة للعقد، وحكموا على الشروط بالبطلان وعقد الزواج بالصحة بنصوص صريحة، مثال نكاح الشغار[6]، كأن يزوج الرجل ابنته أو أخته إلى شخص آخر على أن يقدم الرجل بتزويج ابنته وأخته أو أي امرأة في ولايته ويكون الصداق

---

[1]– محمد علي السرطاوي، مرجع سابق،ج1، ص135.

[2]– السرخسي، المسبوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،.ط1، ج3، ص95.

[3]– الشاطبي، الموافقات، مرجع سابق، ج2، ص90.

[4]– الشيرازي، المذهب في الفقه الإمام الشافعي، دار اكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط1، 1416ه/1977م، ج1، ص 495.

[5]– المرجع نفسه، ج1، ص 496.

[6]– نكاح الشغار: اتفق الفقهاء على عدم جوازه لثبوت الذهب عنه، عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله صلى الله عليه وسلم نهى عن الشغار والشغار معناه أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته ليس بينهما صداق، رواه البخاري. كتاب النكاح، باب الشغار، ح رقم(51112)، صحيح البخاري: (203).

نفسه، أو أن يتزوج رجل مطلقته ثلاثا، بشرط إحلالها، لرجلها الأول، وهذا ما يسمى الزواج المحلل[1]، أو يشترط الزوج والزوجة تأقيت الزواج ما يسمى نكاح المتعة أو النكاح المؤقت، فهذه الأنكحة جميعا ورد النهي عنها، فتكون باطلة، وخلاصة القول أن للشرط الفاسد تأثير على عقد الزواج يختلف من واحد لأخر، فعند الحنفية: يلغى الشرط الفاسد ويصح العقد، والشرط الفاسد عندهم لا يفسد العقد.

أما الحنابلة فهو يوافقون الحنفية بخصوص بعض الشروط ولكنهم يذكرون أن هناك شروط نهى الشرع عنها، فلا يجب اعتبارها في مضمون العقدء، كاشتراط التأقيت[2]، والتحليل، أما الشافعية فالشرط الفاسد عندهم يفسد العقد مادام، لم يحدث دخول، فإذا دخل بها معنى العقد والغي الشرط، وبطل المسمى ووجب للمرأة مهر المثل[3].

الفرع الثالث: الشروط المختلف فيها

هناك شروط غير منافية بمقتضى العقد، وغير الملائمة لهذا المقتضى مما فيه نفع لأحد الطرفين، بحيث لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، كأن تشترط الزوجة على زوجها، أن لا يتزوج عليها، أو إكمال دراستها، فهناك شروط غير منافية بمقتضى العقد، وغير الملائمة لهذا المقتضى مما فيه نفع لأحد الطرفين، بحيث لم يرد عن الشارع دليل خاص باعتبارها أو عدم اعتبارها، أو تشترط الزوجة على زوجها ألا يتزوج عليها أو لا ينقلها من دارها أو بلدها، أو تشترط عليه خروجها للعمل بعد الزواج، أو كأن يشترط الزوج على زوجته أن تكون بكرا أو جميلة أو متعلمة أو نحو ذلك.[4]

وكل تلك الشروط، هي محل خلاف بين الفقهاء، وعليه نتساءل هل تصح هذه الشروط؟ وهل يجب الوفاء بها أم لا؟.

---

[1]– نكاح المحلل، هو نكاح عقده الزوج الثاني، قاصدا تحليل المطلقة ثلاثا، قال مالك أنه نكاح مفسوخ وقال أبو حنيفة والشافعية هو نكاح صحيح وسبب خلافهم قوله صلى الله عليه وسلم " لعن الله المحلل والمحلل له".

[2]– نكاح المتعة: لقد توارث الأحاديث على تحريمه، ومعناه، أن يتزوج الرجل بامرأة ويطلقها في مدة معينة، وهو محرم لأنه مناقض، لمقصود النكاح الذي هو التأبيد.

[3]– وهبة الزحيلي، الفقه الإسلامي وأدلته، مرجع سابق، ج1، ص674.

[4]– محمد مصطفى شلبي، مرجع سابق، ج1، ص1382.

للإجابة على الإشكال المطروح، سنقوم بعرض أهم آراء المذاهب الإسلامية من خلال مايلي:

أولا: انحلال عقد النكاح بسبب عدم الوفاء بالشروط

إذا قام أحد الزوجين باشتراط شروط ليست من مقتضى العقد ولكن لا تنافيه، لم يوف بهاء فهنا هل يحق له طلب التفريق بسبب عدم الوفاء بها أولا؟.

اختلف الفقهاء في ذلك على ثلاثة مذاهب:

المذهب الأول: الحنابلة.

يرون أن هذه الشروط صحيحة لازمة يجب الوفاء بهاء فإن لم يوف بها من اشترطت عليه كان من حق المشترط فسخ العقد وقد روي هذا عن عمر بن الخطاب وبعض الصحابة والتابعين وهو مذهب الحنابلة و الأوزاعي، واسحاق بن راهوية[1]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم.[2]

واستدل أصحاب هذا ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج[3]، ووجه الدلالة من الحديث انه اوجب الوفاء بكل شرط يذكر في عقد الزواج، ولو لم يكن له نص خاص أو دليل خاص، لأن مالا دليل له من الشروط ويكون هذا الحديث دليله، بمقتضى عموم لفضه وشمول ما يدل عليه وتأكيد طلب الوفاء به.[4]

ثانيا : قوله "صلى الله عليه وسلم " "المسلمون عند شروطهم ألا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا"[5]، وهذه الشروط لم تحل حراما أو تحرم حلا، فتكون صحيحة والوفاء بها واجب بنص هذا الحديث.

[1]– ابن قدامة، المغني، مرجع سابق، ج1، ص 484–483.

[2]– ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، مرجع سابق، ج3، ص 461.

[3]– البخاري، كتاب النكاح، باب الشروط في النكاح، ح رقم(5151).

[4]– محمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص160.

[5]– البيهقي، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم (14433) ج11، ص351.

المذهب الثاني: الشافعية، الحنفية.[1]

يرى أصحاب هذا المذهب أن هذه الشروط باطلة والعقد الصحيح فبطلانها لا تأثير له في صحة العقد وعليه فلا يلزم الوفاء بهاء لأن القاعدة عندهم: أن كل شرط لا يكون من مقتضى العقد ولا مؤكد لمقتضاه، ولم يرد عن الشارع ما يدل على وجوب الوفاء به، فيكون شرطا لاغيا، ولا تأثير له في صحة العقد.[2]

واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

أولا: ماروي عن عائشة – رضي الله عنها – قالت :قال رسول الله صلى الله عليه وسلم : ما بال أقوام يشترطون شروطا ليست في كتاب الله؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وان اشترط مائة شرطا[3] ومن ذلك تبين أن كل شرط لم يقم دليل من الشرع على صحته فهو باطل، لأنه ليس في كتاب الله تعالى.[4]

المذهب الثالث: المالكية.

يرى أصحاب هذا المذهب، أن هذه الشروط مكروهة، والوفاء بها غير لازم، بل مستحب مالم تقترن بما يستلزم الوفاء بها كاليمين بالطلاق والعتاق والتمليك والحط من الصداق ونحوه. واستدل أصحاب هذا المذهب بالأدلة الآتية:

أولا: قوله صلى الله عليه وسلم: "أحق ما أوفيتم من الشروط أن توفوا بما استحللتم به الفروج" فدل الحديث على أن الحث على الوفاء محمول على الندب، وذلك جمعا بين هذا الحديث وبين قوله صلى الله عليه وسلم:" من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له وأن اشترط مئة شرط"[5].

---

[1]– محمد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 1، 1981م، ج1، ص94–86.

[2]– مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، مرجع سابق،ج1، ص174.

[3]– البخاري، كتاب الشروط، باب مالا يحل من الشروط التي تخالف كتاب الله، ح رقم (2561).

[4]– أبو زهرة، الأحوال الشخصية، مرجع سابق، ج1، ص159.

[5]– سبق تخريجه، ص 9

ثانيا: ما روي أن رجلا تزوج امرأة وشرطت عليه ألا يخرجها من دارها فتخاصما إلى علي– كرم الله وجهه– فقال:"شرط الله قبل شرق "لؤنة ير لها شيئا"[1].

فجمعا بينا هذه النصوص قال المالكية: إن الوفاء بهذه الشروط مستحب وليس بواجب وان كان يكره اشتراطها أصلا، قال مالك:" ولقد أشرت منذ زمان أن أنهي الناس أن يتزوجوا بالشروط وألا يتزوجوا إلا على دين الرجل وأمانته[2].

ثانيا: طريق وقوع الفرقة بسبب عدم الوفاء بالشروط في النكاح

إذا قام احد الزوجين باشتراط شروط في عقد الزواج وهي شروط صحيحة ولكن لم يوف بها، وأراد فسخ النكاح فهل يتم ذلك برفع دعوى بالفسخ إلى القاضي أم أنه يتم الفسخ النكاح بإرادة منفردة دون الحاجة إلى اللجوء للقاضي، ورفع دعوى الفسخ إليه؟.

من الواضح أنه يجب أن ترفع الدعوى وذلك لأمرين:[3]

الأول: إن التفريق لعدم الوفاء بالشرط مختلف فيه من جهة جواز الشروط في النكاح، وفي إيقاع الطلاق عند عدم الوفاء، وحكم القاضي هنا هو الذي يرفع الخلاف في الأمور الاجتهادية الخلافية، ويكون حكمه ذا طبيعة إلزامية لذوي الشأن.

ثانيا:أن التفريق لا يتم إلا بعد إثبات عدم الوفاء من الزوج لذا لا يجب أن تكون الزوجة هي الخصم والحاكم في هذه المسألة بأن تقرر عدم الوفاء وتصدر حكمها بالتفريق، وإنما يجب عليها رفع الدعوى بالفسخ إلى القاضي وان تقدم مبررا شرعيا على عدم وفاء الزوج بالشرط، فإذا تم ذلك حكم القاضي بفسخ النكاح.[4]

---

[1]– الزرقاوي، شرح الموطأ لمالك، دار الفكر، بيروت، ط2، 1981م، ج1، ص137.

[2]– وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، مرجع سابق، ج3، ص115.

[3]– عبد الكريم زيدان، مرجع سابق، ج1، ص116.

[4]– المرجع نفسه، ج1، ص118–117.

المطلب الثاني: أثر الاشتراط في عقد النكاح في القانون.

إن المشرع الجزائري، في نظرته لمسألة الاشتراط في عقد الزواج قد اتبع وسلك طريقا مذهب الحنابلة حيث أبيح لكل من الزوجين من خلال المادة 19 الحرية في لاشتراط، خاصة شرطي عدم تعدد الزوجات وعمل المرأة، اللذان يعتبران من أهم الشروط، التي ينجم عنها مشاكل تخل بالعلاقة الزوجية.

ولقد تطرق المشرع الجزائري، في أثر الاشتراط على عقد الزواج في مادتين فقط وهما 32 و35 من قانون الأسرة.

بحيث اكتفى بطابع العموم والإجمال ولم يفصل فيه حيث جاء في المادة 32" يبطل عقد الزواج إذا اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد.[1]

أما المادة 35:"إذا اقتران عقد الزواج بشرط ينافيه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح.[2]

أهم الملاحظات

باستقراء نصوص المادتين تظهر لنا الملاحظات التالية:

أولا: إن نص م 32 قد خلط بين المانع من الزواج، والذي يؤدي بالضرورة إلى عدم مشروعية العقد، التي لا تؤثر على صحة العقد وعليه يجب إلغاؤها، وبقاء العقد صحيحا، هذا ما جاء في نص م35 التي تؤكد على وجوب صحة العقد، وبطلان الشروط مع أن هذه الحالة الأخيرة التي يبطل فيها العقد.[3]

ثانيا : اعتبر المشروع الجزائري العقد المشتمل على شرط ينافي مقتضاه، مبطلا له، حيث يصبح العقد باطلا حسب نص المادة 32.

---

[1]– عدلت بالأمر رقم 05– 02 المؤرخ في 27فبراير 2005، حررت في ظل القانون رقم 84–11، المؤرخ في 09 يونيو 1984 كما يلي يفسخ العقد، إذا اختل احد أركانه، أو اشتمل على مانع أو شرط يتنافى ومقتضيات العقد أوثبت رده الزوج.

[2]– القانون رقم 1–84 1 المؤرخ في 9 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.

[3]– بن شويخ الرشيد، شرح ق الأسرة المعدل، مرجع سابق، ص 129.

وعليه فإنه ينبغي تصحيح النص بحذف عبارة (مقتضيات) في المادة 32 وإضافة هذه العبارة للمادة 35، " بحيث ينافي مقتضاه كان ذلك الشرط باطلا والعقد صحيح" ومثالا على ذلك اشتراط الزوج ألا مهر لها أولا ينفق عليها، أما حالة بطلان العقد بسبب الشرط فيكون في حالة كون الشرط منا في لأصل العقد كأن يكون شرط توقيت الزواج بمدة محددة.[1]

كذلك عند استقراء النصوص نجد أن اغلبها متناقضة مع بعضها البعض، وذلك بتناقض في الحكم بين نص المادة 32 والمادة 35 حيث تقضي المادة 32 ببطلان العقد كونه اشتمل على شرط يتنافى ومقتضيات العقد، في حين في نص المادة 35 أنه يقضي ببطلان الشرط وصحة العقد في حالة اشتماله على شرط ينافيه حيث كان من المفروض أن تكون هذه الحالة في المادة 32.[2]

[1]– سي ناصر بوعلام، مرجع سابق، ص 102.

[2]– بن شويخ الرشيد، مرجع سابق، ص 129.

المبحث الثالث: صور بعض المشارطات في الزواج على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

تعد المشارطات بين الزوجين من أهم العوامل التي تؤدي إلى اجتناب النزاعات والخلافات لتي من شأنها أن تمس العلاقة الزوجية مستقبلا.

أجازت الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري حق الاشتراط في عقد الزواج، ومن هنا نتطرق إلى تبيان حكم كل شرط في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.

المطلب الأول: شرط عمل المرأة.

يعد عمل المرأة من أكثر المواضيع إثارة للجدل باستمرار في المجتمع، فمنهم من يؤيد عمل المرأة، ومنهم من يعارضه لإستصعابه لإمكانية الزوجة الجمع بين مسؤوليتين، وعليه سأعالج هذا الشرط.

أ -موقف الفقه الإسلامي من شرط عمل المرأة وأثره على النفقة

1 رأي الحنفية

أجاز الحنفية للمرأة الخروج للعمل متى اقتضت الظروف ضرورة ذلك، أو إذا كانت تحترف عملا من فروض الكفاية الخاصة بالمرأة.[1]

غير أنه متى اشترطت الزوجة على الزوج الخروج للعمل من غير ضرورة، أو اشترطت عليه البقاء في عملها فهذا الشرط فاسد ملغى عند الحنفية، والعقد صحيح، وللزوج أن يمنعها من العمل.

2 رأي الشافعية

لا يجيز الشافعية للمرأة الخروج من البيت إلا بإذن زوجها بشكل عام سواء للعمل، أو لغير ذلك حتى لو اقتضت الضرورة استدلالا بما روي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: "رأيت امرأة أتت

[1]– الرشيد بن شويخ، المرجع السابق، ص 128.

النبي صلى الله عليه وسلم وقالت: يا رسول الله ما حق الزوج على زوجته، قال حقه عليها ألا تخرج من بيتها إلا بإذنه، فإن فعلت لعنها الله، وملائكة الرحمة، وملائكة الغضب حتى تتوب"[1].

3 رأي المالكية

يعتبر المالكية أن اشتراط المرأة العمل من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج ولا ينافيها، والتي في الأصل يجب الوفاء ليس من باب الإلزام، وإنما من باب الاستحباب[2].

4 رأي الحنابلة

يرى الحنابلة أن الأصل يوجب قرار المرأة في البيت، وعدم خروجها دون إذنه[3]، غير أنه متى اشترطت الزوجة شرط العمل في عقد الزواج، كان شرطا صحيحا لأنها من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج، ولا ينافيها، وتنطوي على مصلحة يراد تحقيقها للزوجة، والتي يلزم الحنابلة الوفاء، إذ يقول البهوتي هو عليه ألا يحبسها بل يدعها تكتسب، ولو كانت موسرة[4].

ب – موقف القانون الجزائري من عمل المرأة

بالنسبة للمشروع الجزائري فقد سلك مسلك الشريعة الإسلامية، حيث نص في المادة 19 من قانون الأسرة إلى جواز اشتراط المرأة على الرجل عند إبرام عقد الزواج خروجها إلى العمل، وأن الإخلال بهذا الشرط ممن طرف الزوج يجعل للمرأة الحق في طلب التطليق وفقا لنص المادة 53 الفقرة 9[5]، وقد ذهب إلى أبعد من ذلك عندما لم يجعل عمال المرأة سببا كافيا لسقوط حقها في الحضانة طبقا للفقرة 2 من المادة 67[6] من قانون الأسرة.

---

[1]– البيهقي: السنن الكبرى، كتاب القسم والنشور، باب ما جاء في بيان حقه عليها، حديث رقم 147113، ص 337.

[2]– عبد الدائم عز الدين، حكم النفقة الزوجية للمرأة العاملة، دار كيكدة للنشر والتوزيع، ط1، 2011،ص 121.

[3]– علاء الدين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح على مذهب الإمام بن حنبل، دار احياء التراث العربي، ط1، 1998م، ص360.

[4]– البهوتي، المرجع السابق، ص477.

[5]

[6]– تنص المادة 67 من قانون الأسرة الجزائري "لا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق في العمل".

الأصل هو قرار الزوجة في الزوجية وقيامها على شؤون بيتها ولكن هذا الشرط صحيح ما لم يكن عملا غير مشروع، أو كان هذا الحق يتعارض مع وظيفتها الأسرية.

ومن جهة أخرى لم يوضع المشرع الجزائري المركز القانوني للزوج عند مخالفة المرأة لإحدى الشروط المتفق عليها أثناء إبرام عقد الزواج.[1]

المطلب الثاني: شرط تعليم المرأة.

يعتبر اشتراط الزوجة على زوجها تعليمها أو إكمال دراستها من أهم الشروط التي قد تدرجها المرأة في الوقت الراهن في عقد الزواج.

أ -أدلته

من الكتاب

قال تعالى : « اقْرَأْ بِاسْمِ رَبِّكَ الَّذِي خَلَقَ (1) خَلَقَ الْإِنْسَانَ مِنْ عَلَقٍ (2) اقْرَأْ وَرَبُّكَ الْأَكْرَمُ (3) الَّذِي عَلَّمَ بِالْقَلَمِ (4) عَلَّمَ الْإِنْسَانَ مَا لَمْ يَعْلَمْ (5)» [2].

كانت هذه أول سورة من القرآن نزلت على الرسول صلى الله عليه وسلم وهو يتعبد في غار حراء، وقد أمر الله تعالى كل إنسان بالقراءة، والتي يراد منها العلم بمعناه الواسع والشامل، لا فرق بين الرجل والمرأة.[3]

من السنة الشريفة

عن أبي سعيدٍ الخُدريِّ – رضي الله عنه – قال: قالتِ النِّساءُ للنبيِّ – صلى الله عليه وسلم – : غَلَبَنا عليك الرجال، فاجعلْ لنا يومًا من نفسك؛ فوعدهنَّ يومًا لقيهنَّ فيه، فوعظهنَّ وأمرهنَّ؛ فكان

[1]– بن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، رويبة، الجزائر، د.ط، 2013، ص470.

[2]– سورة العلق، الآية 1-5.

[3]– مولاي ملياني بغدادي، المرجع السابق، ص 154.

فيما قال لهنَّ: ((ما مِنكنَّ امرأةٌ تُقدِّم ثلاثةً من ولدِها إلا كان لها حجابًا من النار))، فقالت امرأة: واثنينِ؟ فقال: ((واثنين))[1].

وهذا الحديث يؤكد حرص النساء على التعلم حيث لم يكتفين بمشاركة الرجال في سماع الأحاديث بل أردن أن يكن لهن حديث خاص بهن، وهذا ما يدل على أن مجالس المعرفة لأحكام الدين لم تكن وقفا على الرجال في عهده صلى الله عليه وسلم بل كان للنساء الحظ الأوفر، وهذا ما جعل المرأة المسلمة تنال مكانة علمية عالية، في العقيدة والفقه والفرائض والحديث.

الإجماع

أجمع العلماء على أن المرأة مسؤولة على سلامة عقيدتها من إقامة لصلاتها، وزكاة لمالها وصيامها، وليس لها ذلك إلا بالتعليم، كما عليها أن تتعلم من أمور دينها ما يساعد على القيام بالأعباء الزوجية.

المطلب الثالث: اشتراط عدم تعدد الزوجات.

موقف الفقه الإسلامي

ذهب الحنفية إلى القول بأن اشتراط الزوجة على زوجها عدم الزواج عليها، هي من الشروط التي لا يقتضيها عقد الزواج وليست مؤكدة له، ولم يرد بها اثر، ولم يجر بها عرف وإنما اشتملت على منفعة تعود على أحد العاقدين، وحكم هذا النوع من الشروط أن العقد لا يتأثر بمثل هذه الشروط، فيلغو الشرط ويبقى العقد صحيحا ومن تم لا يلزم وفاء الزوج بهذا الشرط.[2]

أما الشافعية فاعتبروا أن هذا الشرط مما يخالف مقتضى العقد إلا أن فيه منفعة مقصودة لمن اشترطه، والمشهور عندهم أن العقد لا يفسد بفساد الشرط، فيصح النكاح ويفسد الشرط وذالك بعدم الإخلال بمقصود النكاح وهو الوطء والاستمتاع.[3]

---

[1]– صحيح البخاري، المرجع السابق: باب هل يجعل للنساء يوما على حدة في العلم؟، حديث رقم 1249، ص11.

[2]– ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط1، 1414هـ/1993م، ج2، ص59

[3]– ابو الوليد الباجي، شرح الموطا لمالك، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1:1995:ج1، ص68.

أما المالكية، فيرون أن الشرط مما لا يقتضيه العقد وإن كان لا ينافيه، وبالتالي يكون مكروها ولا يلزم الوفاء به.[1]

أما الحنابلة فيرون أن هذا الشرط لا يقتضيه عقد الزواج ولا ينافيه وحكمه، انه صحيح يلزم الوفاء به، وان فات الشرط كان لصاحب الشرط الخيار بين فسخ العقد أو إمضاءه.[2]

موقف المشرع الجزائري

ومنه يتبن لنا أن المشرع الجزائري من خلال نص المادة الثامنة من قانون الأسرة على انه من يود الزواج بأكثر من واحدة عليه احترام الشروط المنصوص عليها في المادة 19، ولكنه لم يرتب على تخلف تلك الشروط أي اثر على صحة عقد الزواج واعتبره صحيحا ونافذا ومرتبا لآثاره ولكنه رتب على تخلف تلك الشروط حق الزوجة في أن تطلب التطليق نظرا لتضررها من ذالك.[3]

ونجد أن المشرع قد أعطى للزوجة هذا الحق وهو طلب التطليق، إذا قام الزوج بالزواج عليها من خلال الفقرة السادسة من المادة 53 من قانون الأسرة، فإنه حسب رأينا إجحاف كبير منه في حق الأسرة والمجتمع عامة، لأنه لم يراعي الظروف والأسباب الخارجة عن إرادة الزوج الذي تدفعه إلى تعدد مما يجعله يلجأ إلى طلاق، الذي يؤدي إلى التفكك الأسري لأتفه الأسباب لذا كان من واجب على المشرع أن ينص على مواد فيها موازنة لمصلحة كلا الطرفين .

[1]– محمد ابن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، دار السلام للطباعة والنشر، ط1:1997 م، ج5، ص 225.

[2]– ابن قدامة، مرجع سابق، ج1، ص 487 .

[3]– عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، ط2:2009م، ص 91 .

ملخص الفصل الثاني

إن الاشتراط حق لكل زوج يمارسه بحرية إلا أن ذلك يكون إطار الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد ومع الأهداف التي يحققها والآثار التي يرتبها.

خصصت الفصل الثاني للتطرق إلى ضوابط الاشتراط فيما نجد آراء مؤيدة وأخرى معارضة، وبين موسع ومضيق للاشتراط في عقد الزواج، وأهم الضوابط التي يجب على المتعاقدين التقيد بها في الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري، وبعدها تطرقت إلى آثار الاشتراط وختمتها بذكر بعض صور المشارطات التي يمكن اشتراطها في عقد الزواج.

الخاتمة

الخاتمة

من خلال دراستي لموضوع الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلام وقانون الأسرة الجزائري والإحاطة به من جميع الجوانب بشكل مبسط، استطعت الخروج بنتائج توصلت إليها من خلال هذه الدراسة:

- اتفاق علماء الأصول والفقهاء على أن الإرادة هي مصدر الاشتراط.
- الاشتراط في عقد الزواج، من الحقوق التي كفلتها الشريعة الإسلامية للزوجين، وكذا القانون الوضعي، من أجل رعاية مصالحها أو مصلحة أحدهما.
- أن الاشتراط في عقد الزواج لا غبار عليه فهو جائز شرعا وقانونا تطبيق للمبدأ القانوني "العقد شريعة المتعاقدين وقد أكد هذا المعنى حديث النبي صلى الله عليه وسلم "المسلمون عند شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا" كما أن الوفاء بالشروط التي فيها مصلحة أحد الطرفين، ولا تنافي مقاصد الزواج وليس فيها ما يخالف النظام العام والآداب العامة يعد من قبل ما يتصل بالحقوق الزوجية.
- رسمت الشريعة الإسلامية حدودا للاشتراط لتسود المعاملة العادلة بين الناس، لأن حاجات الناس وغاياتهم لا تنتهي، وبسبب هذا اختلفت مذاهب الفقهاء في الاشتراط بين موسع ومضيق.
- اتبع المشرع الجزائري رأي المذهب الحنبلي باعتباره الأرحب صدرا بقبول المشارطات في عقود الزواج ضمن قواعد تحقق المصلحة العامة مراعاة لما يقضي به التطور الزمني والاجتماعي تيسيرا لحياة هنيئة، فهو مساير للتغيرات المجتمعية التي تطرأ على المجتمع.
- أطلق المشرع الجزائري العنان للزوجين في حرية الاشتراط وهذا وفقا لنص المادة 19 من القانون الجزائري، وجعل مسألة شرط عدم تعدد الزوجات وعمل تعليم المرأة في مرتبة الضروريات.

-يعد شرط السكن المنفرد من أكثر الشروط المدرجة في عقود الزواج في المجتمع الجزائري ويعتبر حقا خالصا في الفقه الإسلامي.

-الشروط الواردة في العقد حسب المشرع الجزائري شروط صحيحة يجب الوفاء بها.

قائمة المصادر والمراجع

الكتب:

1. القرآن الكريم.
2. صحيح البخاري.
3. صحيح مسلم.
4. ابن اللحام، القواعد والفوائد الأصولية وما يتبعها من الأحكام الفرعية، دار البيان، بيروت، ط 1، 1422هـ/2001م: ج1.
5. ابن تيمية، الفتاوى الكبرى، دار الكتاب العلمية، لبنان، ط3، 1998م، ج3.
6. ابن تيمية، مجموع فتاوى شيخ الاسلام، جمع وترتيب: عبد الرحمن بن محمد قاسم وساعده ابنه محمد، د.ط، 1425هـ/2004م، مجمع الملك فهد، طباعة المصحف الشريف، ج 29.
7. ابن حزم، الإحكام في أصول الأحكام، دار الجدية، بيروت، ط1، (1403هـ/1983م)، ج1.
8. ابن حزم، المحلى، تحقيق احمد شاكر، مكتبة دار التراث، القاهرة، د.ط، 1426هـ/2005م.
9. ابن دقيق العيد، إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام، دار الفكر، بيروت، 702هـ.
10. ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، ط 1، 1414هـ/1993م، ج2.
11. ابن قدامة المقني، عمدة الفقه في المذهب الحنبلي، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، د.ط، 1423هـ/2003م، ج1.
12. ابن قيم الجوزية، اعلام الموقعين عن رب العالمين، قرأه وقدم له وعلق عليه وأخرج أحاديثه وآثاره: أبو عبيدة، شارك في التخريج: أبو عمر أحمد، دار ابن الجوزي، المملكة العربية السعودية، ط1، 1423هـ/2002م، ج3.
13. ابن منظور، لسان العرب، بيروت، لبنان، ط1، ج8.
14. أبو العباس تقي الدين ابن تيمية (661-728هـ)، القواعد النورية الفقهية، تحقيق د.أحمد بن محمد الخليل، ط3، دار ابن الجوزي، 1433هـ.

15. ابو الوليد الباجي، شرح الموطا لمالك، دار الكتب العلمية، لبنان، ط1:1995:ج1.
16. ابي اسحاق الشاطبي، الموافقات، المكتبة العصرية، صيدا، بيروت، 1428هـ/ 2007م، ج1 .
17. أحمد أبو زهرة، الأحوال الشخصية، دار الفكر، بيروت، ط3، 1437هـ/1994م، ج1.
18. أحمد اليوسف، أسباب انحلال العقود، غير المالية، دار التدمرية، الرياض، المملكة العربية السعودية، ط1، 1430هـ/2009م.
19. أحمد بن محمد بن علي القيومي المقري، المصباح المنير، دار المعرفة، القاهرة ط2، 2016.
20. أحمد سيد علي، مدخل للعلوم القانونية، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع، الجزائر، د.ر.ط.2009م .
21. الامام ابوزهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، القاهرة، ط1، 1958م، ج1.
22. أنور أبو طلبة، الوسيط في شرح القانون المدني،دار المكتب الجامعي الحديث؛ (د.ر.ط)ء 2001م،ج.
23. اين تيمية، القواعد والفوائد الاصولية وما يتبعها من الاحكام الفرعية، دار البيان، بيروت، ط1، 1422هـ/2001م، ج1.
24. بشار عدنان ملكاوي: معجم مصطلحات الفانون الخاص. دار وائل، الأردن، ط1، 2008م.
25. بلحاج العربي، احكام الالتزام في القانون المدني الجزائري، دار هومه، الجزائر، 2013م، ط1.
26. بن شويخ الرشيد، شرح قانون الأسرة المعدل (دراسة مقارنة ببعض التشريعات العربية)، دار الخلدونية، الجزائر، ط1، .9-2008.
27. بن صغير محفوظ، أحكام الزواج في الاجتهاد الفقهي وقانون الأسرة الجزائري، دار الوعي، رويبة، الجزائر، د.ط، 2013.
28. البيهقي، السنن الكبرى، در الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط3، 1424هـ/2003م، ج11.
29. البيهقي، كتاب الصداق، باب الشروط في النكاح، حديث رقم (14433) ج11.

30. الجرجاني، التعريفات، دار الفضيلة، القاهرة، ط1، 2007م، ج1.
31. الجصاص، إحكام القرآن، دار التراث العربي، بيروت، لبنان، د.ط، 1412ه/1992م، ج1.
32. خليل أحمد حسن قدادة، الوجيز في شرح ق م ج، ديوان المطبوعات الجامعية، بن عكنون الجزائر، ط1، 1994م.
33. خليل حسن قدادة، الوجيز في شرح القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ط1، 1994م.
34. دربال عبد الرزاق، الوجيز في أحكام الالتزام، دار العلوم، عنابة، الجزائر، 1425ه/2004م.
35. رابح بن غريب، مدخل إلى دراسة الشريعة الإسلامية، دار العلوم، جامعة جيجل، الجزائرء ط1، 2002م.
36. رشدي شحاتة، الاشتراط في الفقه الإسلامي وفي قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر العربي، بيروت ، ط1، 1421 ه/2001م، ج1.
37. الزرقاوي، شرح الموطأ لمالك، دار الفكر، بيروت، ط2، 1981م، ج1.
38. زكرياء سرايش، الوجيز في مصادر الالتزام، دار هومه للطباعة والنشر والتوزيع الجزائر، د.ط: 2013م .
39. زكي الدين شعبان، نظرية الشروط المقترنة بالعقد في الشريعة والقانون، دار النهضة العربية
40. سامي محمد ابوا عرجة، (الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الاسلامي)، مجلة الازهر، العدد2، 2008م.
41. السرخسي، المسبوط، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان،.ط1، ج3.
42. سعد الدين التفتزاني، شرح التوضيح على التلويح، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1416ه/1996م، ط1، ج1.
43. سليمان الاشقر، إحكام الزواج في ضوء الكتاب والسنة، دار النفائس، الأردن، ط1 ، 9971م، ج1.

44. الشيخ محمد بن اسماعيل، الأمير الصنعاني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1، 1428هـ/2006م، ج1.

45. الشيرازي، المذهب في الفقه الإمام الشافعي، دار اكتب العلمية، بيروت، لبنان، ط 1، 1416هـ/1977م، ج1.

46. عبد الحميد الشواربي، الالتزامات والعقود التجارية، منشأ المعارف للطباعة والنشر والتوزيع، إسكندرية، د.ر.ط، 2001م.

47. عبد الدائم عز الدين، حكم النفقة الزوجية للمرأة العاملة، دار كيكدة للنشر والتوزيع، ط 1، 2011.

48. عبد الرحمان داودي: الأحكام الشرعية في الأحوال الشخصية، دار البصائر، الجزائر، ط 1، 2007م.

49. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، دار منشأة المعارف، الإسكندرية. ط1، 2004، ج1.

50. عبد الرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، منشورات الحلبي، الحصرية، بيروت، لبنان، 1998، ج1.

51. عبد السلام بن محمود، ابن حزم ومنهجيته في أصول الفقه، المكتبة الاسلامية، بيروت، ط 1، 1422هـ/2006م، ج1.

52. عبد العزيز سعد، قانون الأسرة في ثوبه الجديد، دار هومه، الجزائر، ط2:2009م.

53. عبد القادر السنهوري، نظرية العقد، دار منشورات الحلبي العصرية، لبنان، ط 2. 1998م، ج1.

54. عبد القادر داودي، الوجيز في شرح قانون الأسرة الجديد، دار الهلال للخدمات الجامعية، الجزائر، ط1 ، 2004م.

55. عبد الكريم زيدان، الوجيز في اصول الفقه، مؤسسة الرسالة، بيروت؛ ط5، 1447هـ/1996م، ج1.

56. عبد المغني الرافعي، أحكام الأحوال الشخصية للمسلمين في الغرب، دار ابن حزم، القاهرة، ط1، 1429هـ/2002م، ج1.

57. عبد المنعم البدوي، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطياعة والنشر، بيروت، د.س.ط، ج2.

58. علاء الدين الحنبلي، التحبير في شرح التحرير في أصول الفقه، مكتبة الرشد، الرياض، د ط، 1997م، ج1.

59. علاء الدين المرداوي، الإنصاف في معرفة الراجح على مذهب الإمام بن حنبل، دار احياء التراث العربي، ط1، 1998م.

60. عوض احمد ادريس، الوجيز في اصول الفقه، دار مكتبة الهلال، بيروت، ط2، 2001م ج1.

61. فاروق أبو سراج الذهب، مواقف وآراء المجتمع الجزائري من مشروع التعديلات، مجلة البعيدة، للبحوث والدراسات الإنسانية، الجزائر، 2004م، العدد 8.

62. الفيروز أبادي، القاموس المحيط، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط8، 1426هـ/2005م.

63. القرطبي، الجامع لأحكام القرين، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، ط 1، 1427هـ/2006م، ج1.

64. محمد ابن محمد الغزالي، الوسيط في المذهب، دار السلام للطباعة والنشر، ط1:1997 م، ج5.

65. محمد أبو زهرة، الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية، دار الفكر العربي، القاهرة، د.ر .طء.د.ت.ن،ج1.

66. محمد بن علي الولولي، شرح سنن النسائيين، دار البروم، المملكة العربية السعودية، ط 1، 1423هـ/ 2003م، ج1.

67. محمد رمضان البوطي، محاضرات في الفقه المقارن، دار الفكر، دمشق، سوريا، ط 1، 1981م، ج1.

68. محمد علي السرطاوي، قانون الأحوال الشخصية، دار الفكر، عمان، ط1، 1417هـ/1997م، ج1.

69. محمد فهد شفقة، شرح الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية مقارنة، دمشق، سوريا، د.ر،ط،ع،ء،د،ت،ن، ج1.

70. محمد مصطفى شلبي، أحكام الأسرة في الإسلام، الدار الجامعية، بيروت، ط 1، 1403هـ/1983م، ج1.

71. مصطفى الزرقاء، مدخل للفقه العام، دار القلم، دمشق، ط2، /1425هـ/2004م، ج1.

72. منصور بن يونس البهوتي، كشاف القناع على متن الاقناع، تحقيق: محمد أمين الضناوي، عالم المكتب، بيروت، لبنان، ط1، 1417هـ/1997م، ج4.

73. همام ذياب عبد الكريم، التعليق وأثاره في التصرفات، دار النفائس، الأردن، ط 1، 1429هـ/2009م، ج1.

74. وهبة الزحيلي، أصول الفقه الإسلامي، دار الفكر المعاصر، بيروت، لبنان ، ط 1، 1406هـ/1986م: ج1.

75. وهبة الزحيلي، الفقه المالكي الميسر، دار الحكم الطيب، دمشق، د.ط، 1431هـ/2010م، ج3.

76. يوسف محمد أبو قرين، الشرح المبسط لأحكام الأسرة، دار الكتاب الوطنية، بنغازي، ليبياء ط1.

الرسائل العلمية الجامعية:

1. احمد ابن مشعل الغامدي، مفهوم الشرط عند الاصوليين، مذكرة دكتوراه، المملكة العربية السعودية، 1428هـ/1429م.

2. براكتة مسعود، (الاشتراط في قانون الاسرة الجزائري)، رسالة ماستر، جامعة محمد خيضر، بسكرة، 2014- 2015.

3. بن صغير محفوظ، الاجتهاد في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، (أطروحة دكتوراه)، جامعة الحاج لخضر، باتنة، 1430هـ/2009م.
4. سي ناصر بوعلام، الاشتراط في عقد النكاح وأثره بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير، كلية العلوم الإسلامية، جامعة وهران.
5. طلرشي سامية، الشروط في عقد الزواج الاحكام والاثار، مذكرة ماستر، تخصص ق اسرة، جامعة بسكرة،2015/2014م.
6. لمطاوي نور الدين، الشرط المقترن بالعقد، مذكرة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 1996/1995م.
7. محمد عبد الله علي طلاحفة، (التطبيقات المعاصرة للشروط المقترنة بالعقود المالية)، رسالة دكتوراه، جامعة الأردن،2004م.

النصوص القانونية:

1. القانون رقم 1-84 1 المؤرخ في 9 يوليو 1984 المتضمن قانون الأسرة المعدل والمتمم.
2. قانون 87 لسنة 2005المؤرخ في 15اوت2005، لمتعلق بتنظيم مجلة الموافقات والعقود التونسية، الرائد الاسمي، العدد68.
3. الأمر 58-75المؤرخ في 26سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني المعدل والمتمم بالأمر05-07المؤرخ في13 ماي2007، الجريدة الرسمية؛ العدد 31.
4. الأمر رقم 05- 02 المؤرخ في 27فبراير 2005، حررت في ظل القانون رقم 84-11، المؤرخ في 09 يونيو 1984.
5. الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 المتضمن القانون المدني الجزائري المعدل والمتمم بعدة قوانين أخر القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو 2005 (الكتاب الثاني، الإلتزامات والعقود، الفصل 2: العقد، القسم 3: آثار العقد.

مواقع الأنترنت:

1. الشرط -.www.lawja.nat/vb/showtheread.php?11635، 2010-07-29

الفهرس

مقدمة	أ
الفصل الأول: ماهية الشروط المقترنة بعقد الزواج	
المبحث الأول: مفهوم الشرط المقترن بعقد الزواج	4
المطلب الأول: تعريف الشرط.	4
الفرع الأول: لغة	4
الفرع الثاني: الشرط عند الأصوليين والفقهاء	4
الفرع الثالث: تعريف الشرط قانونا	6
المطلب الثاني: الالفاظ ذات الصلة بالشرط	11
الفرع الأول: الفرق بين الشرط والركن	11
الفرع الثاني: الفرق بين الشرط والسبب	12
الفرع الثالث: الفرق بين المانع والشرط	13
المبحث الثاني: خصائص الشرط وأقسامه.	14
المطلب الأول: خصائص الشرط	14
الفرع الأول: أنه أمر زائد على أصل العقد	14
الفرع الثاني: أنه أمر مستقبلي	14
الفرع الثالث: أنه أمر محتمل الوقوع	15
المطلب الثاني : أقسام الشرط	15
الفرع الأول: أقسام الشرط من حيث المصدر	15

الفرع الثاني: أقسام الشرط من حيث وظيفته	18
ملخص الفصل الأول	22
الفصل الثاني: بيان أحكام الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	
المبحث الأول: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج	23
المطلب الأول: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في الفقه الإسلامي	23
المطلب الثاني: ضوابط الاشتراط في عقد الزواج في قانون الأسرة الجزائري	35
الفرع الأول: عدم مخالفة النظام العام	35
الفرع الثاني : عدم مخالفة الآداب العامة.	37
الفرع الثالث: عدم مخالفة أحكام قانون الأسرة	39
المبحث الثاني: أثار الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي والقانون	42
المطلب الأول: أثار الاشتراط في عقد النكاح في الفقه الإسلامي.	42
الفرع الأول: الشروط الموافقة لمقتضى العقد	42
الفرع الثاني: الشروط المناقضة لمقصود العقد أو لمقتضى العقد	42
الفرع الثالث: الشروط المختلف فيها	44
المطلب الثاني: أثر الاشتراط في عقد النكاح في القانون.	48
المبحث الثالث: صور بعض المشارطات في الزواج على ضوء الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري.	50
المطلب الأول: شرط عمل المرأة.	50

المطلب الثاني: شرط تعليم المرأة.	52
المطلب الثالث: اشتراط عدم تعدد الزوجات.	53
ملخص الفصل الثاني	55
الخاتمة	56
قائمة المصادر والمراجع	58
ملخص البحث	

ملخص البحث:

الاشتراط حق لكل زوج يمارسه بحرية إلا أن ذلك يكون في إطار الشروط التي لا تنافي مقتضى العقد وعليه فقد درست هذا الموضوع من الناحية الفقهية والقانونية، كدراسة مقارنة، وعليه فمن خلال دراستي تطرقت إلى ماهية الشروط المقترنة بعقد الزواج من خلال ذكر مفهوم الشرط، بتوضيح وذكر تعريفه لغة واصطلاحا والألفاظ ذات الصلة به، وحاولت أيضا التطرق إلى خصائص الشرط وأقسامه، وفصل ثان تطرقت فيه أولا إلى أهم الآراء المؤيدة والمعارضة للاشتراط بين موسع ومضيق، وبعده ذكرت آثار الاشتراط في عقد الزواج كأثر لما سبق، وأخيرا درست بعض المشاطرات التي يمكن أن يشترطهما المتعاقدين والتي من خلالها تحاول المرأة حماية حقها في العمل والتعليم وعدم التعدد وغيرها.

الكلمات المفتاحية: الاشتراط، مقارنة، ضوابط، عقد.

Summary :

Conditionality is a right for every husband who exercises it freely, but that is within the framework of conditions that do not contradict the requirements of the contract, and therefore I have studied this topic from the jurisprudential and legal point of view, as a comparative study, and accordingly, through my study I touched upon what are the conditions associated with the marriage contract by mentioning the concept of the condition, clarifying and mentioning Defining it language, idiomatically, and related expressions, and I also tried to touch upon the characteristics of the condition and its divisions, and a second chapter in which I first touched upon the most important opinions supporting and opposing the requirement between an extended and a narrow one, and after that I mentioned the effects of stipulating the marriage contract as an effect of the above, and finally I studied some of the interactions that could stipulate them The contracting parties through which women try to protect their right to work, education, and the number of others.

Keywords: stipulation, comparison, controls, contract.

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2018 المحدد للقواعد المتعلقة بال وقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد (ة): لعوبي هالة

الصفة: طالب

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 638565

والصادرة بتاريخ: 16/ 09 /2014

عن دائرة: حمام الضلعة

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية والإجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال مذكرة ماستر: الشروط المقترنة بعقد الزواج في الفقه الإسلامي و قانون الأسرة الجزائرية

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2020/10/15

إمضاء المعني

شوهد و صودق عليه لأجل
ونوقشت في: 15 أكتوبر 2020
ع/رئيس المجلس الشعبي البلدي
ومفوض خاص
بورحلة مريم